

Colección



Protección social:
Seguridad Social y Discapacidad

Estudios en homenaje
a **Adolfo Jiménez**

Colección:



NÚMERO: 65

DIRECTOR: Luis Cayo Pérez Bueno

CON EL APOYO DE:



PRIMERA EDICIÓN: xxxxx

© CERMI

© DEL TEXTO: SUS AUTORES

© DE LA ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA: David de la Fuente Coello, 2014

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo se puede realizar con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las obras de la Colección Cermi.es editadas por Ediciones Cinca, S. A., incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinca, S. A. se identifique con las mismas.

DISEÑO DE COLECCIÓN

Juan Vidaurre

PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA E IMPRESIÓN:

Grupo Editorial Cinca, S. A.

C/ General Ibáñez Ibero, 5 A

28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72

Fax: 91 554 37 90

grupoeditorial@edicionescinca.com

www.edicionescinca.com

DEPÓSITO LEGAL: M. XXXXXX

ISBN: 978-84-15305-70-5

Protección social: Seguridad Social y Discapacidad

Estudios en homenaje
a **Adolfo Jiménez**

Coordinación:

Miguel Ángel Cabra de Luna
José Antonio Panizo Robles



Adolfo Jiménez Fernández

ÍNDICE

	<i>Págs.</i>
Prólogo	
<i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i>	19
Capítulo I	
Adolfo Jiménez: una vida dedicada a la mejora de la protección social	
<i>Francisco M. Jacob Sánchez</i>	21
Capítulo II	
Seguridad Social y pensiones no contributivas	
<i>Miguel Rodríguez-Piñero</i>	29
Capítulo III	
El Pacto de Toledo: mejor la reforma que la ruptura	
<i>Rodolfo Martín Villa</i>	43
Capítulo IV	
La concertación social como mecanismo de legitimación del sistema de Seguridad Social	
<i>Marcos Peña</i>	49
1. Legitimación y democracia deliberativa en tiempos de crisis.....	49
2. Reformas de la Seguridad Social y concertación.....	52
3. Le legitimación del diálogo social para la reforma de la Seguridad Social.....	55
4. La legitimación de las reformas de la Seguridad Social a través del diálogo social.....	59

Capítulo V

La defensa de la Seguridad Social en los pactos políticos

<i>Octavio Granado</i>	63
1. Antecedentes: cómo pasa algo de ser un problema a un logro colectivo	63
2. El Pacto de Toledo	65
3. La experiencia española en América	67
4. Conclusiones y una breve experiencia personal.....	69
5. Nota final	69

Capítulo VI

La consolidación del sistema de pensiones de la Seguridad Social (1985-1995)

<i>Ana Vicente Merino</i>	71
1. Introducción.....	71
2. Entorno internacional de las reformas de los sistemas de pensiones	73
3. La Ley 26/85, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura de la acción protectora de la seguridad social	76
4. La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.....	79
5. La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI	80

Capítulo VII

La reforma de la gestión del INSS: el reto de crear una nueva cultura en los servicios públicos

<i>Constantino Méndez Martínez</i>	83
1. Introducción.....	83
2. Los contextos	86
3. La situación de partida	89

	<i>Págs.</i>
4. El Programa de Trabajo	99
5. La implementación de las medidas	102
6. Los resultados	111
7. Conclusiones.....	112
 Capítulo VIII	
<i>Las pensiones públicas entre la reforma y la sostenibilidad.</i>	
<i>Algunas reflexiones sobre la Ley 23/2013</i>	
<i>Aurelio Desdentado Bonete</i>	115
1. A modo de introducción: una breve presentación del nuevo régimen jurídico de la sostenibilidad	115
2. Las medidas de la sostenibilidad: descripción y crítica	118
a) El factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación y el índice de revalorización	118
b) Una valoración crítica de las medidas de sostenibilidad.....	120
3. Sobre algunos problemas jurídicos de la regulación de la sostenibilidad	122
a) ¿Es constitucional la regulación de la sostenibilidad?	123
b) ¿Sirven para algo las normas absolutamente futuristas?	125
c) Sostenibilidad y seguridad jurídica.....	127
4. Un apunte sobre la sostenibilidad desde la perspectiva de la reforma del Sistema Español de la Seguridad Social	128
 Capítulo IX	
<i>Seguridad Social y asistencia social</i>	
<i>Luis Enrique de la Villa Gil.....</i>	133
1. Una delimitación equívoca	133
2. El área de asistencia social estatal ajena al sistema de Seguridad Social.....	138
3. El área de asistencia social del sistema de Seguridad Social ...	141
4. El área de asistencia social de la competencia de las comunidades autónomas.....	144

	<i>Págs.</i>
5. A título de conclusiones.....	151
 Capítulo X	
Las pensiones de incapacidad permanente en el sistema de pensiones de la Seguridad Social (1974-1996)	
<i>José Antonio Panizo Robles</i>	155
Introducción.....	155
1. La evolución de las prestaciones por incapacidad permanente	158
2. El panorama de las pensiones de invalidez permanente al inicio de los años 80 del siglo XX.....	162
3. Las medidas adoptadas: la reducción de la incidencia de las pensiones de invalidez permanente.....	164
4. La situación de las pensiones de invalidez permanente tras la aplicación de las reformas incorporadas.....	167
5. A modo de conclusión	169
 Capítulo XI	
La importancia de la prevención y la rehabilitación: el papel de las mutuas	
<i>Heraclio Corrales</i>	173
1. Introducción.....	173
2. La prevención y rehabilitación en nuestro Sistema de Seguridad Social.....	175
a. Prevención de riesgos laborales	175
b. Rehabilitación y readaptación profesional	177
3. Actividades de las mutuas en prevención y rehabilitación.....	179
a. Prevención de riesgos laborales	179
b. Rehabilitación y readaptación laboral	182
4. Colaboración de las Mutuas con la Seguridad Social.....	185
a. Configuración actual del sector.....	186
b. Principales magnitudes sectoriales.....	186
c. Características generales de las Mutuas	187

	<i>Págs.</i>
d. Descripción funcional del Sector de Mutuas.....	189
I. Asistencia sanitaria y abono de prestaciones en contingencias profesionales	189
II. La gestión de la prestación de IT por Contingencias Comunes	190
III. Otras coberturas y funciones de las Mutuas.....	191
e. La financiación de las Mutuas.....	192
f. Principales resultados del modelo de gestión.....	193
5. Conclusiones.....	195
 Capítulo XII	
El deslinde de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las CCAA	
<i>José Ignacio García Ninet</i>	
<i>Arántzazu Vicente Palacio</i>	199
1. Preceptos constitucionales de especial interés del Capítulo 3 ^a del Título 1º	199
2. Preceptos constitucionales de especial interés del título VIII De la organización territorial del Estado. Capítulo III. De las Comunidades Autónomas.....	207
3. Contenido de los Estatutos de Autonomía	247
 Capítulo XIII	
El desarrollo de los Servicios Sociales: de la beneficencia a los derechos	
<i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i>	259
1. La acción social desde sus orígenes: beneficencia particular y general	259
2. La Acción Social en la España franquista	262
3. El impacto de la Constitución Española.....	263
4. La nueva configuración de los servicios sociales en la España democrática.....	265

	<i>Págs.</i>
5. El retroceso a consecuencia y con excusa de la crisis: la vuelta atrás	271
6. La larga marcha para la recuperación de los servicios sociales como derechos básicos en una sociedad moderna	273
 Capítulo XIV	
El texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social	
<i>José Ignacio Tejerina Alonso</i>	277
1. Antecedentes	277
2. Las encomiendas legales de un nuevo texto refundido en materia de Seguridad Social	278
3. Las diferentes modalidades constitucionales de delegación legislativa: alcance y límites.....	280
4. Dificultades en la tarea de refundición encomendada	283
5. El resultado final: el texto refundido de 1994	286
5.1. Los criterios seguidos en su refundición	286
5.2. Su ámbito material	287
5.3. Su estructura.....	289
6. Epílogo	291
 Capítulo XV	
El nuevo texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad	
<i>Rafael de Lorenzo García</i>	293
1. Introducción general.....	293
2. La constitucionalización de la protección a las personas con discapacidad y sus desarrollos legislativos.....	295
3. Análisis de la nueva legislación actualizada: Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad	300
3.1. Antecedentes de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.....	300
3.2. Contenido de la LGDPD.....	304

	<i>Págs.</i>
A. Título preliminar. Disposiciones generales	304
B. Derechos y obligaciones	308
C. Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad	320
D. La parte final de la LGDPD	321
3.3. Algunos comentarios finales	322
 Capítulo XVI	
El sector de la discapacidad: necesidades, políticas y retos futuros	
<i>Gregorio Rodríguez Cabrero</i>	325
Introducción	325
1. Las necesidades de la población con discapacidad	326
2. El papel del movimiento asociativo como soporte de las personas con discapacidad diferente y su sostenibilidad	328
3. Necesidades y políticas sociales en el horizonte de la Estrategia Europa 2020 y de la Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020	332
4. Conclusiones	336
 Capítulo XVII	
El sistema de Seguridad Social como factor de inclusión de las personas con discapacidad y sus familias: nuevas orientaciones	
<i>Luis Cayo Pérez Bueno</i>	339
1. Consideraciones generales	339
2. Propuestas de mejora para el período 2014-2020	344
2.1. En la esfera de la protección	344
2.2. En la esfera de la activación	349
2.3. Actualización terminológica	352
2.4. Proceso de adopción de las medidas	352

Capítulo XVIII

El derecho a la protección ante las situaciones de dependencia.

Impactos económicos y sociales

Ángel Rodríguez Castedo 355

Introducción 355

1. Cambios sociales y nuevas necesidades y preliminares 357

1.1. Proceso acelerado de envejecimiento de la población 357

1.2. La dependencia no afecta solo a los mayores. Discapacidad y Dependencia 360

1.3. Cambios en el modelo de familia e incorporación de la mujer al trabajo reducen la disponibilidad de apoyo informal .. 361

1.4. Recursos insuficientes para atención a las personas en situación de dependencia 362

2. A nuevas necesidades sociales, nuevos derechos sociales 363

2.1. Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia ... 364

2.1.1. Objeto de la Ley 364

2.1.2. Características fundamentales de la Ley 365

2.2. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia 366

2.2.1. Financiación del Sistema 367

2.2.2. Marco de cooperación interadministrativa y criterio de reparto de fondos 367

2.2.3. Catálogo de servicios (art. 15) 368

2.2.4. Procedimiento de valoración y reconocimiento del derecho (arts. 27 y 28) 369

2.2.5. Red de Servicios del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia 369

3. Nuevos empleos 373

4. Otros impactos de la LAPAD 377

4.1. Sistema de Salud 377

4.2. Sistema de Servicios Sociales 379

4.3. Nuevas tecnologías 380

	<i>Págs.</i>
4.4. Consolidación de un nuevo sector económico.....	381
4.5. Convergencia con la Unión Europea	382
Epílogo	383
 Capítulo XIX	
La protección de la discapacidad en el ámbito internacional: la Unión Europea	
<i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i>	385
1. Introducción.....	385
2. Seguridad Social y discapacidad en la UE: diferencias conceptuales y de definición.....	386
3. La protección de la discapacidad en Europa: la legislación de igualdad de trato como elemento central	387
4. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	389
5. La Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020.....	391
6. Reflexiones sobre la futura política europea de discapacidad ...	393
7. A modo de conclusión	394
 Capítulo XX	
La protección de los mayores y de las personas con discapacidad en el ámbito de Iberoamérica: la influencia en la OISS	
<i>José Carlos Baura Ortega</i>	397
1. Introducción.....	397
2. Principales actuaciones de la Secretaría General de la OISS, en el ámbito de los servicios sociales, en la protección de las personas mayores en Iberoamérica.....	398
3. Principales actuaciones de la Secretaría General de la OISS, en la protección de las personas con discapacidad en Iberoamérica	406
4. Algunas actividades formativas y de intercambio llevadas a cabo con directivos y técnicos de las instituciones competentes de la región, con la colaboración de la AECID (Agencia Española de Cooperación y Desarrollo del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España).....	413

Capítulo XXI

La Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo como instrumento de cohesión social, desarrollo humano y equidad

<i>Carlos Javier Santos García</i>	415
Introducción	415
1. El contexto social del mundo globalizado	416
2. ¿Qué aportan las estrategias en Seguridad y Salud laboral?....	426
3. ¿Por qué una Estrategia Iberoamericana?	432
4. Antecedentes y proceso de elaboración de la Primera Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo	433
5. Contenido de la EISST: objetivos generales y específicos	435
6. Logros durante su periodo de vigencia	437
7. El momento de los nuevos retos ya ha llegado.....	446

Capítulo XXII

El convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social y la cobertura de la discapacidad

<i>Santiago González Ortega</i>	449
1. Introducción.....	449
2. Los ámbitos subjetivo y material del CMISS y la protección de la discapacidad: una protección indirecta	456
3. La tutela de los trabajadores discapacitados a través de las pensiones de invalidez	452
4. Los problemas relacionados con la responsabilidad de las prestaciones de invalidez y con la determinación del grado de invalidez, el órgano calificador y el valor del diagnóstico.....	454
4.1. Exámenes médicos, determinación del grado de invalidez y valor de las certificaciones nacionales	455
4.2. La comparación entre las reglas de los reglamentos comunitarios y las contenidas en el CMISS respecto de las prestaciones asociadas a la invalidez derivada de enfermedad profesional y a la invalidez en general	459
5. Observaciones finales	462

PRÓLOGO

Se jubiló Adolfo Jiménez Fernández, aquel muchacho que empezó con 17 años a trabajar en la Empresa Nacional Elcano, en su Valencia natal, y que ha sido uno de los puntales de la Seguridad Social española, junto con los miles de funcionarios públicos que han dedicado y dedican su vida profesional a la cobertura de las necesidades sociales, primero de los trabajadores y sus familias y luego de toda la población de España, mediante la universalización del sistema.

Un hombre hecho a sí mismo, trabajador incansable durante más de cincuenta y cinco años. Adolfo dice: “La suerte se busca, no suele venir sola”.

Los que hemos tenido el privilegio de trabajar con él, sabemos de su capacidad de dirección, organización y disciplina, que fueron los ejes fundamentales de su acción; del tesón, la profesionalidad y el buen trabajo realizado como señas de su identidad vital, buscando siempre el difícil equilibrio entre los ingresos y el gasto, en pro de la sostenibilidad del sistema, que se ha de basar en la contributividad y en la separación de fuentes de financiación.

Confieso que muchas lecciones aprendí de Adolfo como maestro: la responsabilidad; el no pensar que los fallos son de los demás y no de uno mismo; que todas las decisiones en nuestro ámbito afectan a personas y por tanto hay que medir preventivamente las consecuencias; la agilización de la gestión (PROGESPRESS) y la simplificación administrativa; el inicio de la remisión a los interesados de la Vida Laboral; las negociaciones con la Iglesia y la solución a un problema histórico de los religiosos y religiosas de España.

Son rasgos que caracterizaron y hacen única su trayectoria profesional: la técnica japonesa como paradigma de la aproximación lateral hasta el cierre exitoso de la operación; el trabajo constante y desinteresado como vocación de servicio público; su compromiso con los más débiles: las personas con discapacidad y sus familias, las viudas y los huérfanos; la elaboración de libros y la formación en la Universidad como generación individual y colectiva de pensamiento; la innovación, que permite dar saltos cualitativos y avances en la Protección Social; la cultura del consenso, que en los grandes temas de Estado, como es el de la Seguridad Social, dio lugar al “Pacto de Toledo”, al que, con otras destacadas personalidades de España, el mismo contribuyó.

A lo que hay que añadir logros tales como el control integrado de la gestión y la contabilidad (SICOSS) y la extensión de las auditorías como norte, que logró impulsos y resultados continuados en el tiempo —alineando todos los barcos de la flota de la Seguridad Social como una gran escuadra en la misma dirección— y evitando preventivamente escándalos y prácticas de corrupción en el sector; el afianzamiento de la vocación estratégica internacional de la Seguridad Social española hacia Iberoamérica a través de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) y su conexión con la realidad social, dando respuesta al problema de la inmigración a través del “Convenio Iberoamericano de Seguridad Social”, ofreciendo la novedosa solución del Tratado multilateral frente al cómputo recíproco bilateral, experiencia que hoy se está extendiendo a otras regiones del planeta.

Sin olvidar la posición del directivo y su equipo como factor crítico de éxito, diferenciando, sin menoscabo funcional, entre estado mayor y gestión...; podría seguir muchas páginas más, pero el material desbordaría los requerimientos formales de esta publicación.

Mis recuerdos con Adolfo van en línea con las tres reglas de San Ignacio de Loyola, que aprendí con los Jesuitas y que juntos practicamos tantas veces:

- **Audacia** en la visión estratégica.
- **Prudencia** en la adopción de decisiones.
- **Constancia** en el quehacer cotidiano.

No podría dejar de mencionar el montañismo como atracción de Adolfo y sus efectos pedagógicos y de metodología en su equipo, así como la dedicación a los suyos.

Mucho me impactó, como estrecho colaborador, las noches sin dormir durante años por ir a cuidar a su madre, y todo ello de una forma silenciosa y sufrida, sin que nadie tuviera conocimiento de ello, ni lo notara lo más mínimo.

En fin, una vida llena de experiencias, dedicada a los demás y que ahora podrá dedicar más a sí mismo, a su familia (a su entrañable esposa, Maribel y a sus hijos Adolfo, Isabel, Víctor y Mónica) y a los que le rodeamos como amigos.

Los que le conocemos y apreciamos sabemos que seguirá activo, como siempre...

Muchas gracias, Adolfo, por todo lo que nos has dado y esperamos nos sigas dando.

DOCTOR MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA

*Director de Relaciones Sociales e Internacionales
y Planes Estratégicos de Fundación ONCE
Director de los Servicios Jurídicos del CERMI*

Capítulo I

ADOLFO JIMÉNEZ: UNA VIDA DEDICADA A LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Francisco M. Jacob Sánchez

Vicesecretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social
Profesor asociado
Universidad de Alcalá de Henares

En este libro homenaje a Adolfo Jiménez se me atribuye la misión de elaborar el artículo destinado a recoger su labor profesional, probablemente porque, tras más de 20 años de trabajo en común, día a día, se supone que pueda ser quien más de cerca conoce esa ingente labor desarrollada por él en sus más de 30 años de dedicación a la seguridad social española e iberoamericana.

Es un encargo que por supuesto agradezco, pero que no resulta fácil porque ¿cómo resumir en unas páginas toda una vida dedicada a la seguridad social?, ¿cómo concentrar en ellas las múltiples actividades desarrolladas por Adolfo y sus importantes logros?, ¿cómo hacerlo con cierta objetividad cuando se trata de alguien con quien has convivido tanto tiempo y a quien considero, en el plano profesional mi maestro y en el personal un amigo? En todo caso, me propongo intentarlo con la mejor voluntad, por supuesto sin ánimo exhaustivo y sólo desde el conocimiento que se deriva de haber participado en mayor o menor medida en algunas de sus acciones y, sobre todo, de haber compartido muchos momentos de interés, de tensiones, de intentos, de logros, de éxitos y también a veces de decepciones.

Adolfo Jiménez, Licenciado en Económicas por la Universidad Complutense, Profesor Mercantil (de lo que siempre se enorgullece), Censor Jurado de Cuentas, Funcionario del Cuerpo Especial de Técnicos de Contabilidad de la extinguida AISS, llega, seguramente por casualidad y tras una actividad comenzada muy joven en la

empresa privada, al ámbito de la seguridad social en 1979, como Jefe de Servicio de Contabilidad en el entonces Ministerio de Trabajo y ya desde aquellas fechas nunca abandonará este campo que le interesa enormemente, le fascina y le permite desarrollar sus conocimientos, sus competencias, su muy amplia capacidad de dirección, impulso, negociación y coordinación y, sobre todo, ese espíritu solidario que le caracteriza y que encuentra su mejor expresión en su dedicación a la protección social, como medio para mejorar las condiciones de vida de la sociedad y los individuos que la conforman, desde su fundamental condición de “hombre bueno”, dotado de una enorme capacidad de trabajo, de una singular intuición, de gran tenacidad, de la capacidad de escuchar y comprender y, como el mismo diría, de un gran “sentido común”.

A partir de esa primera experiencia en seguridad social, Adolfo Jiménez escala (seguro que esta expresión no le molesta, dada su condición de experto montañero y escalador) toda la carrera administrativa posible en este ámbito: Subdirector General de Planificación Económica y Presupuesto de la Seguridad Social entre 1980 y 1982; Director General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social entre 1982 y 1986; Secretario General para la Seguridad Social de 1986 a 1996 (diez años que, seguramente, constituyen un record de permanencia en un cargo de tal relevancia) y a partir de entonces y hasta 2013, Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) de la que ahora es Presidente de Honor, nombrado por acuerdo de su Comité Permanente, en reconocimiento a sus méritos y a la labor realizada en sus años de mandato.

Una larga y fecunda carrera, plagada de hitos que hacen que se pueda decir, sin temor a equivocarse y sin exageración alguna, que Adolfo Jiménez es, en gran medida, el principal impulsor de la configuración y consolidación de nuestro actual sistema de seguridad social, gestado a partir de aquel modelo deslavazado, en crisis permanente y en buena medida arruinado que España heredó de la dictadura, hasta el punto de que si hiciéramos un seguimiento cronológico de su labor en estos años, estaríamos trazando al tiempo los rasgos principales de la historia de la seguridad social en nuestro país desde la transición política y la Constitución de 1978 hasta su conformación actual.

Por eso resulta difícil destacar, de entre sus muchas actuaciones en el campo de la protección social, cuales puedan ser las más importantes, pero si hubiera que hacerlo, creo que él mismo señalaría, en el ámbito español, la Ley de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social de 1985 (Ley 26/1985), La reforma de la estructura financiera de la seguridad social de 1989 y la configuración del Pacto de Toledo. Y en el ámbito

iberoamericano, la puesta en marcha del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. En todas ellas Adolfo ha tenido un papel decisivo y todas ellas han tenido y tienen una enorme trascendencia.

La primera, la ley 26/1985, porque supuso el primer intento de racionalización y adecuación del sistema de seguridad social —heredado de la dictadura y en una difícil situación financiera— a los principios derivados de la Constitución de 1978.

La segunda, la reforma de la estructura financiación de la seguridad social, porque abrió realmente la posibilidad de extender la cobertura del sistema a todos los ciudadanos como el propio artículo 41 de la Constitución exigía, lo que hasta entonces no había sido posible con una financiación basada esencialmente en la cotizaciones sociales. Adolfo siempre dice que esta reforma, que en la práctica se traduce en algo tan simple como variar la redacción de unos pocos artículos de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, fue en realidad la más difícil y una de las que mayor esfuerzo le costó sacar adelante, pero sin duda es también una de las más trascendentes, de la que poco después se derivarían la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas con bajos recursos y sus beneficiarios y la implantación por primera vez de las pensiones no contributivas como derecho subjetivo para aquellas personas en situación de necesidad que no lograran alcanzar a cumplir los requisitos exigidos para las de carácter contributivo.

La tercera cuestión a que me refería, el conocido como Pacto de Toledo, en cuya negociación y consecución Adolfo Jiménez fue también parte esencial, supuso, a su vez, la consolidación de un acuerdo político y social básico sobre los fundamentos de nuestro sistema de protección que, a lo largo del tiempo transcurrido desde su adopción en 1995 hasta su última revisión en 2011, ha demostrado su utilidad para el encuentro de consensos en una materia tan sensible para el conjunto de la sociedad, preservando los fundamentos del sistema sin perjuicio de su adaptación a la realidad existente en cada momento.

Por último, el cuarto punto que citaba, el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, representa el primer gran instrumento de protección social en un mundo globalizado que, en el futuro, permitirá que millones de personas, trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y sus familias, puedan acceder a las pensiones de la seguridad social a pesar de haber trabajado y aportado en distintos sistemas de protección a lo largo de su vida activa. Este instrumento, pionero en su concepción y ya vigente en ocho países iberoamericanos, en diferentes estados de tramitación en otros siete y por el que se han interesado ámbitos tan dispares como la Federación Rusa, los países africanos de lengua portuguesa o la propia Unión Europea es, una vez más, en gran medida fruto de la capacidad técnica, del entusiasmo, del tesón,

de la capacidad de negociación y del saber hacer de Adolfo Jiménez, hasta el punto de haber logrado transformar en una realidad palpable lo que muchos (entre los que me incluyo) habían creído tan sólo una idea un tanto utópica.

He querido destacar en párrafos anteriores, algunas de las cuestiones que considero más relevantes en la actividad de Adolfo pero, por supuesto, su dirección e intervención ha sido también decisiva en otras muchas acciones, normativas o de gestión que, en cierto modo, vinieron a cambiar el panorama de la seguridad social en nuestro país.

Baste citar a este respecto la extensión y práctica universalización del derecho a la asistencia sanitaria, la implantación de las pensiones no contributivas y la reordenación de las familiares, la reforma de las prestaciones por incapacidad temporal y permanente, las derivadas de la maternidad o la supresión de discriminaciones por razón de sexo en la legislación de la seguridad social. La mejora de las pensiones mínimas, la revalorización sistemática de las pensiones, la aproximación de las bases de cotización a los salarios reales y la reducción de los tipos de cotización.

O, en el campo de la gestión, la implantación del presupuesto por programas y del sistema integrado de contabilidad, la informatización de las bases de datos de la seguridad social, la configuración y reingeniería de procedimientos de la gestión recaudatoria y de prestaciones o la aplicación a esa gestión de las nuevas tecnologías para mejorar la práctica totalidad de los procesos de trámite, con sistemas tan avanzados en su tiempo como el procedimiento informatizado de gestión de prestaciones o el inicio de la remisión electrónica de datos, todo ello a través de la articulación de sucesivos Planes de Acción diseñados en 1987 y 1992 y que supusieron un importante salto cualitativo que situó la gestión de la Seguridad Social a la cabeza de administración pública española.

Actividad que se extiende también a otros ámbitos como la codificación normativa, plasmada en el aún vigente Texto Refundido de la Ley General de la seguridad Social de 1994 y su desarrollo a través de los Reglamentos Generales de Inscripción y Afiliación, de Cotización, de Recaudación, de Gestión Financiera y de Colaboración en la Gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, sector este último en el que también propició una amplia remodelación para reducir su número y mejorar su solvencia. El impulso al desarrollo de los servicios sociales en nuestro país, con la puesta en marcha de programas tan populares hoy como los de vacaciones para mayores. La realización de diversos estudios como la "Proyección económica-actuarial de los gastos e ingresos de la Seguridad Social" (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Informes. 1985), el "Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social" (Ministerio de Trabajo y Seguridad

Social. Colección Informes. 1985), el denominado “La Seguridad Social del Siglo XXI. El Estudio económico-actuarial del sistema de pensiones” (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Seguridad Social. 1995) o la propia creación de esa Colección de Seguridad Social entre las publicaciones del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo consejo asesor presidió en su primer período.

Todas ellas son realizaciones en las que Adolfo Jiménez ha tenido una participación decisiva a través de su impulso, dirección o coordinación, aglutinando equipos, dialogando, negociando, a veces venciendo resistencias y temores y, en suma, gestionando esos procesos de manera que se hiciera posible su realización y plasmación práctica.

Pero si ingentes son sus acciones en el ámbito nacional, no lo son menos en el iberoamericano en el que ha desarrollado sus actividades en los últimos años y en el que, entre otras muchas, podría citar las tareas de asesoramiento a instituciones de distintos países como Uruguay, Costa Rica para la racionalización de la gestión de su Dirección Nacional de Pensiones, Chile donde formó parte de la denominada Comisión Marcel que propició la reforma del sistema operada en 2008, Colombia o Brasil. La dirección de estudios como el “Estudio económico-actuarial del Sistema Pensional” de Argentina, el “Informe sobre el Circuito Financiero de la Seguridad Social” también para Argentina el “Estudio económico-actuarial del Sistema de Pensiones del Principado de Andorra”. Los trabajos dirigidos a la elaboración, negociación y vigencia del Acuerdo de Seguridad Social del MERCOSUR —hoy en pleno funcionamiento— y el Instrumento Andino de Seguridad Social, antecedentes inmediatos ambos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. O, en otro orden de cosas, la puesta en marcha de proyectos como el Código Iberoamericano de Seguridad Social, el Banco de Información de los Sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos (BISSI) con sus ya seis ediciones sucesivas, el Programa de Cooperación Iberoamericano sobre “La situación de los Adultos Mayores en la Región”, la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo, el programa para el fomento del empleo de las personas con discapacidad, o el de discriminaciones por razón de género en la seguridad social iberoamericana.

Sus intervenciones en todo tipo de talleres, seminarios o congresos son innumerables tanto en España como en Latinoamérica, donde es un referente en los ámbitos relacionados con la protección social, permanente reclamado para todo tipo de foros donde sus conocimientos y experiencia han sido y son continuamente demandados sobre temáticas muy variadas: configuración de los sistemas protectores, financiación de tales sistemas, negociación de acuerdos (Pacto de Toledo), gestión de recaudación y prestaciones de salud, pensiones, servicios sociales, seguridad higiene en el trabajo, envejecimiento, dependencia, discapacidad... En suma, toda la amplia panoplia

de conocimientos que Adolfo posee y que abarcan los muy variados aspectos de la protección social, plasmados en sus intervenciones en foros tan diversos como la Fundación Argentaria, el Banco de Previsión Social de Uruguay, La Conferencia Interamericana de Seguridad Social (CISS), la casa de América, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de México, la Cámara de Administradoras de Fondos de Jubilaciones de Pensiones de Argentina, la Fundación Alternativas, la Comisión Sudamericana de Paz, Seguridad y Democracia, el Consejo Económico y Social Europeo, la Caja Costarricense de Seguro Social, la Caja Panameña de Seguridad Social, el ministerio de Previdencia Social de Brasil, o los Ministerios con competencias en políticas sociales de la práctica totalidad de los países iberoamericanos

Conocimientos que también han quedado plasmados en numerosas publicaciones y artículos en los que, en solitario o en colaboración con otros autores, deja constancia de sus criterios y opiniones sobre muy diversas cuestiones, enlazadas siempre por ese hilo conductor que preside su incesante actividad: la mejora de la protección social.

Citaré sólo algunas de estas publicaciones o artículos: “Los problemas futuros de la financiación de la Seguridad Social” (Revista de Treball. Generalitat Valenciana. 1987); “La financiación de la protección social en España. Especial referencia a las pensiones” (Revista de Seguridad Social. MTSS. 1987); “La Seguridad Social española” (Revista de Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1989); “Impacto de las prestaciones sociales y su financiación en la renta familiar” (Fundación Argentaria. 1993); “La Reforma de los Sistemas de Pensiones en Iberoamérica” (OISS. 1998); “Las pensiones amenazadas” (Colección Círculo de Lectores. 1999); “La protección de la Seguridad Social por Incapacidad Permanente” (Colección Solidaridad. Fundación ONCE. 1999); “El Sistema de Seguridad Social” (El Futuro del Estado de Bienestar. Cívitas. 1998), “Las Prestaciones por Dependencia” (Fundación ONCE. 2000); Estado y Seguridad Social (Quorum. Revista de pensamiento iberoamericano. Universidad de Alcalá. 2000); “La Seguridad Social en el Estado del Bienestar” (Alianza Editorial. 2001); “La reforma de las pensiones” (El País. 2010); su participación en el Observatorio Social de España; ¿Es urgente la reforma de las pensiones? (El País. 2013). En todas ellas queda constancia no sólo de esos conocimientos sino también de su coherencia y del mantenimiento de sus principios a lo largo del tiempo, sin perjuicio de la necesaria adaptación a las circunstancias existentes en cada momento.

Otro aspecto en el que destaca significativamente la labor de Adolfo Jiménez y que sin duda es uno de los más apreciados por él es el de la docencia, porque siempre ha mantenido, con toda razón, que las instituciones y los cargos que las

ocupan pueden pasar con el tiempo, pero que los conocimientos transmitidos a las personas permanecen y constituyen un inmenso patrimonio para ellas mismas, para el lugar donde desarrollen sus tareas y, en último término, para las sociedades en las que se insertan. Y como no podía ser menos en alguien tan coherente, a esta tarea también ha dedicado buena parte de sus esfuerzos.

Profesor asociado de la Universidad de Alcalá de Henares durante más de 10 años, de la que actualmente es Profesor Honorífico Investigador, ha impartido clases y cursos en la Universidad Pompeu Fabra (Master sobre Políticas Públicas y Sociales), en la Universidad de Barcelona (Presente y futuro del Estado de Bienestar), en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (donde en los años 80 puso en marcha los cursos de verano sobre seguridad social que aún hoy siguen celebrándose) y en otras Universidades españolas, en ESADE (Master en Protección Social), en el Instituto de Estudios Fiscales, en la Fundación Centro Internacional de Formación Financiera (CIFF), en la Fundación Argentaria, en la Escuela Laín Entralgo de Madrid, en la Fundación Ortega y Gasset, en la Escuela Nacional de Sanidad de España, en la Fundación Alternativas, en la Universidad Externado de Colombia, en la Universidad Católica de Uruguay, en el Centro de Estudios de Seguridad Social, Salud y Administración del Banco de Previsión Social de Uruguay, en la Universidad ISALUD de Argentina, en la Escuela Centroamericana de Seguridad Social de Honduras (ECCAS) en Bolivia, en la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, en la Universidad Católica de Chile y en otros muchos lugares.

Durante su desempeño como Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, ha puesto en marcha y codirigido, en colaboración con la Universidad de Alcalá cinco cursos de master en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social, en Prevención y Protección de Riesgos Laborales, en Dirección y Gestión de Servicios de Salud, en Dirección y Gestión de Planes y Fondos de Pensiones y en Dirección y Gestión de Servicios Sociales. Más de 1.200 personas de alta cualificación (incluidos Directores de instituciones, Viceministros y algún Ministro) de 22 países iberoamericanos han pasado por estos cursos, en los que se han combinado las actuales técnicas docentes a distancia (a través de “aula virtual”) con fases presenciales en las que se ha dado relevancia al conocimiento directo de los distintos aspectos de la gestión de las diferentes disciplinas y en los que Adolfo Jiménez no se ha limitado prestarles su impulso y dirección sino que ha participado activamente en su diseño, en su programación, en la selección del profesorado y en la impartición de clases y ponencias tanto a distancia como presenciales.

También desde la OISS Adolfo ha impulsado, dirigido e impartido otros cursos de menor duración, ya sea en colaboración con la Fundación Centro de Educación a

Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (Fundación CEDDET), en las áreas de gestión de la recaudación de los recursos de la seguridad social, gestión de prestaciones económicas de la seguridad social y técnicas actuariales y financieras de la protección social. O en los distintos Centros de Formación de la Agencia Española de Cooperación y Desarrollo (AECID) sobre temas tan diversos como empleo de las personas con discapacidad, adultos mayores, o el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

Adolfo Jiménez es miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social y ha sido y es patrono, entre otras, de la Fundación ONCE para América Latina (FOAL), de la Confederación Iberoamericana de Fundaciones, de la Fundación Centro Internacional de Formación Financiera y miembro del Consejo asesor de la Fundación Alternativas. Y está en posesión de distintas condecoraciones españolas y de otros países iberoamericanos que su modestia le impide siempre citar, salvo dos que en ocasiones sí destaca, la Medalla de Seguridad Social de Portugal y la española al Mérito Deportivo, obtenida por su participación en la expedición a los Andes en la que se alcanzó la cima del Aconcagua y en la que también nació, en buena medida, la vocación iberoamericana de Adolfo que, años más tarde, tuvo ocasión de desarrollar ampliamente en su labor al frente de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, cerrando así el círculo de sus principales aficiones e intereses: montañismo, seguridad social e Iberoamérica.

Sin duda son muchas más las actividades y logros de Adolfo Jiménez pero, como anunciaba al principio, este artículo no pretende ser una biografía profesional exhaustiva que sería siempre incompleta (y seguro que aún en parte por desarrollar) en una vida laboral tan larga y rica, sino tan sólo recoger en estas líneas algunas de sus principales realizaciones y con ello rendir homenaje al profesional, siempre comprometido con sus ideas y al hombre, siempre dispuesto a mejorar y hacernos mejorar a los que hemos tenido la fortuna de estar a su alrededor. Por todo ello ¡muchas gracias Adolfo!

Capítulo II

SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Adolfo Jiménez en 1988 afirmaba que, además de remediar, para consolidarlo, los aspectos negativos del sistema público de pensiones vigente, era necesario abordar el perfeccionamiento y el establecimiento de nuevos mecanismos de prestaciones sociales, dando respuesta a los mandatos constitucionales de universalizar la Seguridad Social y otorgando cobertura social a los más necesitados que no alcanzan una protección social mínima y estimaba era básico para ello la configuración de un nivel de prestaciones no contributivas, siguiendo la tendencia europea y las recomendaciones de las organizaciones internacionales¹.

Una de las herencias de su excelente gestión como Secretario General para la Seguridad Social ha sido la de poner en marcha el sistema de pensiones no contributivas en el marco de la Seguridad Social, asegurando la aplicación del principio de universalidad del art. 41 CE que se refiere “un régimen público de Seguridad Social” para todos los ciudadanos, y no sólo de carácter profesional y contributivo para los asalariados. Me ha parecido oportuno reflexionar en este lugar sobre el importante impacto que esa medida ha tenido en nuestro Sistema de Seguridad Social².

¹ “Pensiones no contributivas”, Coloquio Instituto Internacional de Seguridad Social sobre Pensiones no Contributivas en Europa” Madrid, 1991, pp. 23 y ss.

² Del tema ya me había ocupado en “Pensiones no contributivas de la Seguridad Social y Asistencia Social”, *Relaciones Laborales*, 1988, t-2, pp. 11 y ss. y “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”. Coloquio del Instituto Nacional de Seguridad Social, cit. pp. 153 y ss. La bibliografía sobre el tema es amplísima, cabe remitirse al extenso apéndice bibliográfico en FARGAS FERNÁNDEZ, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, 2002, pp. 531 y ss.

En 1988 ya existían fórmulas de atención a personas en situación de necesidad a través de pensiones de la asistencia social fuera del sistema de Seguridad Social. Las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias y debido a la demora del legislador estatal de superar las barreras heredadas de la Seguridad Social profesional y contributiva, iniciaron la creación de prestaciones o rentas de inserción a personas de edad o incapacitadas sin recursos económicos³. Pudo así ponerse en duda si la ampliación de la Seguridad Social hacia prestaciones no contributivas podría considerarse como una “mutación” de las medidas previas de asistencia social, burlando la distribución constitucional de competencias.

La Seguridad Social precedente se había limitado al campo profesional y había aplicado los originarios principios de seguro social propios de los sistemas contributivos. En tanto que la Seguridad Social mantenía como base económica la cooperación a la financiación del sistema mediante deducciones sobre las rentas de trabajo, en su ámbito subjetivo sólo se integraban los trabajadores contribuyentes-beneficiarios y en su ámbito objetivo se protegen eventos o “riesgos” vinculados al trabajo cuya realización genera derechos subjetivos para los beneficiarios.

Nuestro legislador en los años sesenta había utilizado el término “Seguridad Social” pero sin ningún sentido de cambio sustancial respecto a la tradición heredada de previsión social o seguros sociales, sólo para reflejar la introducción de importantes cambios y mejoras técnicas. Dentro de esa Seguridad Social profesional se incluyeron también algunas prestaciones denominadas “asistencia de la Seguridad Social” por darse en función de las disponibilidades de fondos, tras demostración de situaciones de necesidad y mediante concesión discrecional o “graciable” y que trataban de paliar o eliminar los estados de necesidad de los beneficiarios de la Seguridad Social cuando acreditasen el derecho a las prestaciones o agotado el tiempo máximo de su disfrute, incluidas las prórrogas, o resultasen insuficientes (art. 36 LGSS)⁴.

Estas prestaciones “asistenciales” adicionales o sustitutivas a las básicas, ni habían supuesto en una extensión subjetiva universal ni estrictamente implicaban una ruptura total del principio contributivo, al exigirse situación de alta o asimilado o cotizaciones, salvo en determinados casos o circunstancias. Este mecanismo complementario del sistema de Seguridad Social ha encontrado un nuevo papel en materia de protección del desempleo, nivel “asistencial” que no se otorga sin previa contribución al

³ Un análisis de esas “primeros pasos”, en FARGAS FERNÁNDEZ, J. “Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas”, cit, pp. 37 y ss.

⁴ Cfr. VIDA SORIA, J., “Asistencia social en el ordenamiento de la Seguridad social española”, *Revista de Trabajo*, número 121, Madrid, 1968

sistema, sino porque agotada la prestación básica, su otorgamiento se condiciona a una situación de carencia de rentas vinculada a la situación familiar.

En el debate constitucional se defendió el que, dentro de su nivel público de suficiencia, la Seguridad Social debería estructurarse en dos áreas de acción: una mínima básica para todos los ciudadanos, financiada mediante impuestos, y otra profesional financiada mediante cuotas, concediendo la primera prestaciones colectivas y uniformes para todos los ciudadanos, y la segunda prestaciones diferenciadas para garantizar una determinada equiparación entre la renta de trabajo y la renta de sustitución concedida por la acción protectora de la Seguridad Social, completada con un posible sistema de pensiones complementarias “libres” y privadas. Se reflejaba en el debate parlamentario el modelo de tres niveles propuesto por el Banco Mundial, el mínimo, el profesional y el complementario privado.

Ese modelo de tres niveles no se consagró en el art. 41 CE, más allá de la referencia a prestaciones complementarias “libres”. Pese a la preeminencia dada en el precepto al factor asistencial universalista y al potencial renovador que éste supone y a que el “nivel profesional” de pensiones contributivas no haya sido acogido de forma expresa, constitucionalmente no es indiferente el mantenimiento, dentro de nuestro sistema público de pensiones, del sector de carácter profesional-contributivo.

2. El equívoco término “mantenimiento” del artículo 41 CE ha podido entenderse referido a la conservación de nuestra tradición inmediata de pensiones de Seguridad Social profesionales y contributivas, impuesta por Convenios y Tratados internacionales ratificados por España basados en sistemas contributivos, en los Reglamentos de la Unión Europea donde en la gran mayoría de los Estados miembros las pensiones contributivas siguen ocupando el papel central del régimen público de pensiones de la Seguridad Social. La garantía institucional de la Seguridad Social también protegería así lo que en la conciencia social común, se concibe como un sistema de pensiones la idea de que sustituye a anteriores rentas de trabajo dejadas de percibir y servir de “contrapartida” a unas cotizaciones previamente realizadas, pues el beneficiario entiende, aunque técnicamente no sea así, que la pensión como un derecho propio “ganado” por su propio esfuerzo o contribución y pretende una conexión diferencial entre la pensión efectivamente recibida y las cotizaciones anteriormente realizadas.

Existen diversos indicios en la propia Constitución de que el factor profesional, típico del modelo contributivo, ha sido tomado en consideración. Además, han de tenerse en cuenta los condicionamientos de los tratados y convenios internacionales de Seguridad Social en buena parte basados en modelos contributivos. De la propia jurisprudencia constitucional se deduce que la Constitución protege también el “nivel profesional” de la Seguridad Social que incluye pensiones de carácter contributivo y

proporcional tanto en lo que se refiere a los requisitos para su obtención como para el cálculo de su cuantía.

La vocación universalista de nuestro modelo constitucional de Seguridad Social no tenía por qué entenderse como un mandato de superación del sistema profesional contributivo. Tampoco, para cumplir con el mandato universalista del art. 41 CE era necesario crear un nivel mínimo común y general de pensiones de carácter universal, que fuera complementado con las pensiones “profesionales”. Bastaba, además de mantener como “principal” y mayoritario el sistema de pensiones contributivas, crear un nivel básico, público y universal, alternativo y subsidiario de pensiones contributivas al a favor de personas que, careciendo de medios, no tengan acceso a las contributivas.

El modelo “contributivo” seguiría y sigue siendo el elemento central de nuestro sistema de pensiones, pero no el único al no agotar el precepto constitucional. Según la STC 269/1993, “el modelo constitucional de Seguridad Social debe ser tendencialmente universal”, sin perjuicio de “las características contributivas de algunas de sus instituciones y su coexistencia normativa con rasgos de tipo asistencial”.

La coexistencia de pensiones contributivas y no contributivas se decidió ya en la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente, que declaró iniciar una transición “hacia un nuevo modelo universalista y unitario de protección social en orden al cumplimiento de los mandatos constitucionales” y anunció “como siguiente paso un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”⁵.

3. Ese paso lo dio la Ley 26/1990, de 20 de diciembre que estableció las pensiones no contributivas mediante la modificación de la Ley General de Seguridad Social y dentro de su Régimen General, no como pensiones que se suman, sino que sustituyen a las pensiones contributivas para todos en los que concurran las contingencias cubiertas por las contributivas pero no tengan acceso a ellas y carezcan de medios económicos.

No se ha establecido un “área de protección común”. Se añadió a las pensiones contributivas un área sustitutiva o “subsidiaria” de pensiones en un nivel mínimo de subsistencia, uniforme, con independencia del ejercicio previo de actividad profesio-

⁵ Vid. DESDENTADO, A., “La reforma del régimen de pensiones y su conexión con los niveles no contributivos de protección, *Relaciones Laborales*, 1985, II, pp. 57 y ss.

nal o del previo abono de cotizaciones, y sin poder entenderse como prestaciones “complementarias”, a efectos del último inciso del art. 41 CE, ni implican una labor “asistencial” de la Seguridad Social, al regularse como un derecho al darse la contingencia acompañada de la situación de necesidad definida legal y reglamentariamente.

El carácter no contributivo de la pensión se contrapone al carácter contributivo dentro del sistema institucional de la Seguridad Social. Otras prestaciones o pensiones externas a ese sistema y propias de la Asistencia social también comparten ese carácter no contributivo, pero el legislador ha utilizado este término no contributivo, para evitar toda confusión con las pensiones asistenciales precedentes a las que la propia Ley mencionaba refiriéndose la insuficiencia de los mecanismos asistenciales hasta ahora existentes, entre ellos las pensiones asistenciales reguladas en la Ley de 21 de julio de 1960. Se ha tratado de subrayar la naturaleza de Seguridad Social de esas pensiones en contraposición a los mecanismos asistenciales ajenos a ella⁶. Desde el llamamiento constitucional a cubrir las situaciones de necesidad de todos los ciudadanos, estas pensiones no contributivas reflejan el signo expansivo de la Seguridad Social, y son reconocidas como derechos, se “dignifican” como una manifestación de la ciudadanía social con desaparición de cualquier tipo de estigma social que haya podido caracterizar a los sistemas de beneficencia o asistenciales.

Se ha configurado así un “modelo mixto de Seguridad Social” que ha hecho que el elemento definidor de la Seguridad Social no sea ya su sistema de financiación, contributiva o no, sino su forma de protección⁷. La coexistencia dentro del régimen público de Seguridad Social, de pensiones uniformes no contributivas y pensiones diferenciales contributivas de carácter profesional con seguridad se ajusta al art. 41, CE. Ya la STC 76/1986, cuando afirmaba que la Asistencia Social opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social, sosteniéndose al margen de toda obligación contributiva, añadía “con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección”.

Ello ha sido así entre nosotros, y en numerosas legislaciones nacionales y también se refleja en la evolución de los sistemas de coordinación internacional y europeos de la Seguridad Social que inicialmente excluyeron las prestaciones no contributivas “asistenciales” a título principal o complementario, a cargo de fondos públicos y concedibles bajo condición de falta de recursos, al considerarlas externas o ajenas a la Seguridad Social, pero que hoy tratan como prestaciones de Seguridad So-

⁶ HURTADO, L. “Asistencia Social y Seguridad Social: sus fronteras actuales”, *Actualidad Laboral*, 1993, tomo 2, p. 461.

⁷ Vid. SANCHEZ-URÁN, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Civitas, 1995, pp. 51 y ss.

cial, para que los trabajadores migrantes o los extranjeros puedan beneficiarse de ellas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que el carácter contributivo o no, su modo de financiación, no influye en la calificación como de Seguridad Social de la prestación y estimó el carácter “preferente” de la calificación de Seguridad Social, y el carácter subsidiario de la Asistencia Social sólo respecto a prestaciones que no pueden considerarse de Seguridad (Asunto Vigier, 70/80, Sentencia der 21 de enero de 1981) doctrina que luego han asumido los correspondientes Reglamentos comunitarios⁸.

La coexistencia de pensiones contributivas y no contributivas no ha debilitado la función aseguradora del régimen de pensiones contributivas, heredada de los antiguos seguros sociales, ni su papel tendencial de cobertura de pérdida de rentas de trabajo. Como afirmara Adolfo JIMÉNEZ, un sistema de pensiones no contributivas, como mecanismo protector alternativo de la Seguridad Social, requiere como premisa y condición el establecimiento de los instrumentos necesarios para consolidar los cimientos que asegurasen la estabilidad y la consolidación del sistema de Seguridad Social contributivo, acentuando su carácter contributivo, y racionalizando los requisitos de acceso a las prestaciones y de su revalorización⁹.

La evolución del sistema español de pensiones contributivas, para garantizar su “adecuación, sostenibilidad y seguridad”, ha acentuado su naturaleza contributiva más centrada hoy que en la cobertura tendencial de pérdida de rentas de trabajo anteriores, en la relación entre cotizaciones previas y acceso y cuantía de la pensión cuyo endurecimiento puede ampliar el espacio real de cobertura a través de las pensiones no contributivas. Siguiendo las directrices del Libro Verde de la Comisión Europea¹⁰ también entre nosotros el reforzamiento de los principios contributivos, ha llevado a incrementar el período de referencia para tener en cuenta la media de ingresos a lo largo de la vida, a adoptar el promedio de la carrera pensionista como base de cálculo de la pensión, a ampliar la edad pensionable, a revisar los sistemas de jubilación anticipada, a incrementar el papel de los “pre-funding” introduciendo nuevos sistemas contributivos, creando fondos de reserva o incrementando la deuda pública, se han establecido nuevos mecanismos de ajuste, y de revalorización junto a medidas para favorecer el empleo y la permanencia en el mercado de trabajo tratando de aumentar la edad real de retiro y de reducir la tendencia a jubilaciones anticipadas.

⁸ SÁNCHEZ-RODAS, C., “La configuración jurídica de las pensiones españolas de seguridad no contributivas en el Reglamento CEE 1408/71”, *Relaciones Laborales*, 1995, t. II, pp. 1377 y ss.

⁹ Loc. cit. p. 24.

¹⁰ “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” (COM 2010 365 final).

La búsqueda del equilibrio financiero de nuestro sistema de pensiones para hacerlo viable no se ha hecho buscando fuentes externas de financiación distintas a las cotizaciones sino sobre todo reforzando el principio de contributividad, ampliando la edad de jubilación e introduciendo el llamado factor de sostenibilidad. Las sucesivas reformas legales de nuestras pensiones contributivas han pretendido “reforzar el carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez” como ya decía el Preámbulo de la Ley 26/85 de 31 de julio). Otros elementos han tendido a mitigar la correspondencia cotización/pensión, la existencia de un nivel mínimo de pensiones, la revisión periódica no proporcional de la cuantía de éstas, las incompatibilidades o prohibiciones de acumulación entre pensiones o entre éstas y retribuciones, los límites máximos a las cuantías no idénticos a los de las cotizaciones, etc., unido a ello la mayor participación de los fondos públicos en la financiación del sistema de pensiones.

Combinar más solidaridad con la intensificación de la contributividad supone optar entre una mayor cohesión social y una mayor justicia conmutativa con menor redistribución, pero tener más en cuenta la carrera asegurativa es hoy una exigencia para afrontar los problemas de financiación de la Seguridad Social ante los retos del envejecimiento demográfico. La expansión de la Seguridad Social se ve muy condicionada no meramente por opciones políticas sino también por posibilidades económicas. Estas transformaciones han tenido un cierto sentido mutualístico-solidarístico de reparto “desigual” en favor de las pensiones más bajas y en perjuicio o a costa de la posibilidad de obtención o mantenimiento de las pensiones más altas. En el caso de éstas últimas resultará especialmente difícil la consecución del “óptimo” de protección, el grado de equivalencia de la pensión percibida y las retribuciones últimamente obtenidas, de forma que se asegure el mantenimiento del nivel de vida preexistente antes de la jubilación.

En la medida en que la Seguridad Social se ha apartado de los principios de sustitución de rentas salariales y de equivalencia directa e individualizada entre cotización y pensión sobre todo las rentas de trabajo más altas, las pensiones resultan insuficientes para asegurar a muchos un tenor de vida semejante a la época de actividad laboral y no es factible que la Seguridad Social pública pueda hacerlo. No faltan quienes defienden este “vacío” de protección social entendiendo que ello favorece el ahorro y la formación de capital a través de los muy promovidos pero poco exitosos fondos de pensiones. Una contrapartida al desarrollo de las pensiones no contributivas y sobre todo del apoyo a las pensiones más bajas, con un cierto sentido asistencial, puede haber sido el sacrificio de pensiones contributivas públicas relativamente altas. El último inciso del art. 41 CE al referirse a prestaciones complementarias “libres” cobra plena actualidad, pero fuera del sistema público de

la Seguridad Social (STC 206/1997), en el que las antiguas “mejoras voluntarias” han perdido el papel que inicialmente se les asignó.

4. A diferencia de las contributivas, las pensiones no contributivas no responden a una técnica de seguro sino a una técnica “asistencial” y su consecuencia es que la Seguridad Social utilice junto a elementos aseguradores de carácter contributivo a elementos asistenciales de financiación pública de cobertura de estados de necesidad cuya cobertura corresponde a la Seguridad Social. Por ello, la inclusión de pensiones contributivas en el Régimen General de la Seguridad Social ha tenido trascendencia en la delimitación del propio concepto de Seguridad Social y ha planteado el problema de cuál debe ser el papel de las prestaciones no contributivas dentro del sistema de Seguridad Social¹¹, y cuál debe ser su relación con la Asistencia Social “externa”, en principio competencia de las Comunidades Autónomas.

La pensión no contributiva es una manifestación de lo que se ha llamado, con algún sentido crítico, la “tendencia a la asistencialización” de nuestra Seguridad Social, en cuanto ruptura de la lógica contributiva y recuperación de pruebas de necesidad para el acceso y concediendo prestaciones económicas básicas. Así ha ocurrido con el subsidio de desempleo o los complementos de mínimos que se conceden a quienes no superen un nivel determinado de rentas, las prestaciones familiares no contributivas, o incluso la “normalización” de la renta mínima de inserción con la misma financiación y como prolongación de los subsidios de desempleo.

No cabe desconocer las posibles disfunciones que esta asistencialización de la Seguridad Social puede provocar en el sistema contributivo¹², pero el art. 41 CE impedía que la delimitación de su concepto y alcance se hiciera desde el complejo organizativo e institucional preexistente, como determinante de los ámbitos y mecanismos de cobertura correspondientes, dejando fuera de toda protección situaciones de necesidad no “aseguradas” de antemano, mediante las correspondientes cotizaciones.

¹¹ La Disposición adicional vigésima primera de la Ley 27/2011 ha encomendado al Gobierno en el plazo de seis meses un estudio para la delimitación de los umbrales de pobreza y le ha encomendado en el plazo de un año aprobar “un Proyecto de Ley de reordenación integral de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, con el objetivo de mejorar su cobertura, establecer con más claridad el ámbito de sus prestaciones e introducir nuevos ámbitos de protección en orden a colmar lagunas de cobertura que se detectan en el sistema”, mandato que no ha sido cumplido y no está previsto que lo sea de momento.

¹² Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L. “El derecho a la Seguridad Social” en Comentario a la Constitución Económica de España, Granada, 2002, p. 1452; OJEDA AVILÉS, “La garantía de un régimen Público de Seguridad Social” en “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española”, La Ley, 2006, p. 963

Al igual que otros sistemas comparados, nuestra Seguridad Social ha tenido que incorporar en su acción protectora mecanismos asistenciales, fórmulas de protección social no contributivas, prestaciones diseñadas a partir de una situación subjetiva concreta de necesidad, unida a la contingencia que se define y no sujetas a condiciones previas de “aseguramiento”, que se han convertido en uno de los componentes integradores del Sistema de Seguridad Social en igualdad y con relaciones de interdependencia con las prestaciones contributivas clásicas.

5. Partiendo del modelo preexistente de Seguridad Social profesional y contributiva se cuestionó ante el Tribunal Constitucional la competencia estatal para establecer esas prestaciones de carácter no contributivo “con rasgos de tipo asistencial”, es decir si, a los efectos del art. 148,1,20 CE, serían “Asistencia Social” materia de competencia autonómica, externa y ajena a la Seguridad Social. El Tribunal Constitucional ha entendido que las llamadas pensiones no contributivas, no correspondientes ni proporcionales a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, son de competencia estatal, pues la “modalidad” no contributiva se integra y es propia del sistema de Seguridad Social, (STC 239/2002), dado que la Seguridad Social “constitucional” debe dotarse de instrumentos o técnicas de cobertura que tradicionalmente se han podido considerar asistenciales. Dada la necesaria conexión entre el artículo 41 y el artículo 50 de la Constitución las pensiones no contributivas en cuanto conectadas a la vejez, a la incapacidad, o a la orfandad, han de integrarse en el contenido objetivo propio de la Seguridad Social, al margen de su sistema de financiación o mecanismo de cobertura.

La Constitución, al encomendar al Estado las funciones básicas en materia de Seguridad Social, en especial la ordenación de su financiación, y al establecer un único régimen económico de la Seguridad Social, ha evitado una dispersión de riesgos sociales que rompiera la solidaridad para que las prestaciones de Seguridad Social cumplan una función de cohesión social y de reequilibrio de desigualdades, en línea con el art. 9.2 CE para garantizar la solidaridad entre los españoles.

La expansión y universalización de la Seguridad Social puede haber reducido materialmente algún campo y ha transformado el papel de la asistencia social pública hoy competencia de las Comunidades Autónomas¹³. La inclusión en la Seguridad de la pensiones no contributivas, ha supuesto una reducción correlativa del papel de la Asistencia Social de las Comunidades Autónomas, en este concreto campo, pero no su supresión (STC 239/2002), ni ha impedido dejar un importante espacio y papel a esa Asistencia Social autonómica, “distinta y distante” de la Seguridad

¹³ Cfr. VIDA SORIA, J. “Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social”, *Derecho vivo del trabajo y Constitución 2003*, pp. 407 y ss.

Social que tiene una función propia, destinada a integrar las insuficiencias del Sistema de Seguridad Social. Una función en absoluto marginal para la cobertura de las numerosas situaciones de necesidad no cubiertas por la Seguridad Social y poder enfrentarse con los crecientes fenómenos de pobreza y de exclusión social que han de ser atendidos por mecanismos asistenciales y los imprescindibles aún insuficientes servicios sociales¹⁴.

En la jurisprudencia constitucional se puede apreciar esta consideración “complementaria” de la Asistencia Social, en relación con las prestaciones públicas no integradas objetiva ni subjetivamente en el campo de aplicación de la Seguridad Social (STC 76/1986)¹⁵ y con el importante cometido de proteger situaciones personales de necesidad sin cobertura social, complementando las insuficiencias del sistema de Seguridad Social y logrando con sus prestaciones mayor eficacia y justicia en el sistema de protección social.

El art. 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea distingue claramente la Seguridad Social haciendo referencia específica a la protección de la maternidad, la enfermedad, los accidentes de trabajo, la dependencia, la vejez y la pérdida de empleo, marco mínimo común de la Seguridad Social, donde entran con naturalidad las pensiones no contributivas, y en su número 3, como algo distinto, al derecho a la “ayuda social” para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes que se correspondería con lo que en nuestro ordenamiento son las instituciones propias de la Asistencia Social fuera del sistema institucional de la Seguridad Social¹⁶.

Ello no impide un trazado de límites entre el territorio propio de la Seguridad Social y el de la Asistencia Social y cabe hablar de una “garantía constitucional” de la Asistencia Social autonómica y externa a la Seguridad Social estatal¹⁷, respecto a situaciones de necesidad no cubiertas en modo alguno o insuficientemente por la Seguridad Social, pero

¹⁴ Vid. con mayor detalle, RODRÍGUEZ-PIÑERO B.-F., M., “Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías, *Relaciones Laborales*, 2003, t. I, pp. 105 y ss.

¹⁵ La Sentencia 146/86 de 25 de noviembre ha considerado a la Asistencia Social como una técnica pública de protección social “fuera del sistema de la Seguridad Social”.

¹⁶ Según FARGAS, la Asistencia Social queda definida por la especificidad e indeterminación de las situaciones de necesidad en negativo con el ámbito protegido por la Seguridad Social, aunque no deben ser necesariamente contingencias distintas (*Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi. 2002, p. 369).

¹⁷ Según la STC 168/1993, los títulos competenciales Seguridad Social y Asistencia Social, no pueden distinguirse completamente, “aunque no pueden llegar a solaparse, para evitar el vaciamiento del régimen competencial... en provecho del Estado y en detrimento de las competencias autonómicas”.

sobre todo por las no cubiertas por no ser propias del propio ámbito y de la propia idea de Seguridad Social¹⁸. Las fronteras entre la Seguridad Social y la Asistencia Social ya no pueden basarse exclusivamente en la técnica de cobertura, y no sirven los elementos conceptuales tradicionales, útiles en otro tiempo para trazar los límites entre la Seguridad Social y la Asistencia Social. Ahora son elementos formales, institucionales y materiales los que han de ser tenidos en cuenta, y deben buscarse en relación al “campo objetivo de las prestaciones, o sea a la tipificación de éstas en relación con las situaciones de necesidad cubiertas ya sea por la Seguridad Social ya sea por la Asistencia Social”¹⁹.

En consecuencia, corresponde fundamentalmente a la Seguridad Social el otorgamiento de prestaciones para las contingencias que típicamente ha venido prestando pero para todos los ciudadanos, y a través de una combinación de diversos mecanismos de cobertura. Por su parte, la Asistencia Social habrá de complementar, cubrir otras contingencias, y prestar otros servicios fuera de ese contenido objetivo propio de la Seguridad Social²⁰.

El que la Asistencia Social tenga una cierta función complementaria o residual respecto a la Seguridad Social no permite ignorar que existen amplios espacios de personas necesitadas de protección y asistencia no cubiertas por la Seguridad Social, tareas que pueden y deben asumir las Comunidades Autónomas, una exigencia del carácter social que también ha de predicarse de ellas como poderes públicos llamados en cuanto imperativo político por el art. 41 CE²¹. Como ha venido afirmando el

¹⁸ Vid. Convenio Num. 102 (1952) sobre la seguridad social (normas mínimas).

¹⁹ En esta línea debe acogerse la afirmación de ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA de que nuestra Constitución diseña un “mecanismo de protección social dispensado por los poderes públicos —a través de diversas fórmulas organizativas— a todos los ciudadanos —si bien con distinto grado, dada la doble presencia del elemento asistencial y del contributivo— cuyo contenido objetivo coincide con el exigido por los principales textos internacionales y por el Derecho Comunitario europeo, así como el vigente en nuestro país antes de la Constitución” (Compendio de Seguridad Social, 4ª ed. Tecnos, 1991).

²⁰ Según Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “aunque los conceptos constitucionales de asistencia social y de Seguridad Social hayan de diferenciarse de manera nítida, las respectivas competencias del Estado sobre Seguridad Social y de las Comunidades Autónomas sobre asistencia social no son categóricamente excluyentes “Asistencia social y Seguridad Social: relaciones en un contexto económico adverso”, Diario La Ley, 16 febrero 2012,

²¹ “a estos efectos es razonable pensar que en el Texto constitucional se maneja una expresión («Seguridad Social»), con dos significados distintos pero no antitéticos, cosa que, como ya se ha visto, no es una novedad en esta temática. Cuando el art. 41 se refiere a «un régimen de Seguridad Social», como ya se ha dicho, no se está refiriendo a una institución concreta ordenada por una norma», sino a una necesaria política, a diferencia de los arts. 149 y 148, que se refieren a dos instituciones, la Seguridad Social y la Asistencia Social” (VIDA SORIA, J., “La garantía pública de un régimen de Seguridad Social”, en “las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española”, cit. pp. 909 y ss.).

Tribunal Constitucional, el art. 41 CE al encomendar a los poderes públicos mantener un sistema de protección social no atribuye competencias, pues no prejuzga quienes sean esos poderes públicos (STC 206/1997), salvo en lo que se refiere al sistema de Seguridad Social, que coexiste con otros mecanismos de protección social. La distribución de competencias será la que “resulte propia de las medidas de protección implicadas en cada caso” (STC 239/2002)²².

El alcance del concepto constitucional de Seguridad Social va más allá del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, afecta a los derechos de ciudadanía social y al cumplimiento de unos fines y objetivos constitucionales de protección social suficiente sin romper sustancialmente la solidaridad.

El redimensionamiento universalista de la Seguridad Social no ha supuesto una crisis, sino una transformación del papel y de las funciones de la Asistencia Social, en la que influyen factores ideológicos y políticos, pero también de eficacia y cercanía. Lo importante no debe ser establecer fronteras competenciales cerradas sino asegurar un reparto ordenado de funciones desde la consideración de los fines de la protección social, evitando que la necesaria confluencia y complementación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social sea “perturbadora” para la cobertura de necesidades.

Un buen ejemplo de ese reparto ordenado de funciones se ha dado respecto a la cobertura social de la situación de dependencia, nueva contingencia social a la que hace referencia la Carta de Niza. La Ley 39/2006 ha establecido un sistema de protección de las personas que requieren cuidados, atención y apoyos externos para poder atender las actividades esenciales en su vida personal, familiar y social. Se ha dado una respuesta a la falta de cobertura de esas situaciones de necesidad no a través de la Seguridad Social, sino por medio de una original e innovadora modalidad de protección social, un “cuarto pilar” del Estado de bienestar que dilata y complementa la acción protectora de la Seguridad Social, que fuera de ella²³.

²² Vid. MERCADER UGUINA, J. R. en “Comentarios a la Constitución Española”, La Ley, 2009, pp. 2249-2255 y 2383 y ss. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. “La dimensión competencial. El posible reparto de competencias en el Estado autonómico”, en “La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras”, Comares, 2008, pp. 139 y ss. SUÁREZ CORUJO, B. “La protección social en el Estado de las Autonomías”, Iustel, Madrid, 2006: MARTÍN VALVERDE, A. “La asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional” en “La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras”, Comares, 2008, pp. 119 y ss., MARTÍNEZ-GIJÓN, M. “Protección Social, Seguridad Social, Asistencia Social”, CES, 2005

²³ DE LA VILLA, L.E. “Ley de dependencia. Una vertebración imperfecta entre el Estado y las Comunidades Autónomas”, en LÓPEZ CUMBRE, I. “Protección Social y Comunidades Autónomas”, Madrid, 2012, p. 94.

La competencia estatal para esta regulación se ha fundado en el art. 149.1.1 CE, y la opción legal ha sido no incluir las prestaciones y servicios del sistema de dependencia en la Seguridad Social, encomendándolas a la función de Asistencia Social propia de las Comunidades Autónomas, aunque estableciendo unas condiciones básicas uniformes en el ejercicio de esas competencias autonómicas “con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos” (SSTC 98/2004 y 178/2004). El precepto constitucional sólo permite ordenar y limitar el ejercicio de las competencias en materia de asistencia social de las Comunidades Autónomas, pero no suprimirlas (STC 164/2001).

Por eso, la Ley 39/2006 está basada en la participación, cooperación y coordinación de las distintas Administraciones Públicas, propiciando una actuación conjunta, coordinada y cooperativa, en la que el papel activo de las Comunidades Autónomas será fundamental y decisivo, además de establecer varios niveles de protección, dejando espacio para que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar sus competencias propias de acuerdo con sus disponibilidades y acciones políticas (STC 239/2002). El diseño supone también una visión más integrada y coordinada del sistema global de protección social, articulando lo que el constituyente no previó originariamente, y refleja la necesidad de coordinación y complementación y leal colaboración de ambos campos de la protección social, la Seguridad Social y la Asistencia Social, desde la necesidad de una contemplación unitaria, al margen de las diferencias institucionales y competenciales, de la totalidad de los mecanismos de protección social a la luz del art. 41 CE, que contiene mandatos dirigidos genéricamente a los poderes públicos en correspondencia con el carácter social que se predica del Estado y de todas sus instituciones y niveles territoriales²⁴.

A pesar de la mejora y extensión de la protección, decía Adolfo JIMÉNEZ en 1989, en palabras que conservan plena actualidad, que los sistemas públicos de protección social se habían de enfrentar a fenómenos (crecientes hoy) de marginación y desigualdad que provocan nuevas situaciones de necesidad que deben llevar consigo a un replanteamiento de los sistemas de protección social y, en concreto, de la Seguridad Social “en orden a la adopción de políticas y actuaciones concretas que logren su consolidación futura, al tiempo que den respuesta a estas necesidades”²⁵.

²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO B-F, M. “La protección social de la dependencia”, *RL*, 23, 2006, pp. 109 y ss.

²⁵ En “Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales”, Ministerio de Trabajo, 2002, p. 373.

Capítulo III

EL PACTO DE TOLEDO: MEJOR LA REFORMA QUE LA RUPTURA

Rodolfo Martín Villa

Ministro del Gobierno (1975-1982)

Académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Cuando se reunió la ponencia que acordó, finalmente, el Pacto de Toledo, yo ya disponía de una muy dilatada vida política que, sin embargo, no había discurrido por un tema tan esencial como las pensiones públicas que constituyen, junto a la sanidad, la educación y la discapacidad, los cuatro pilares fundamentales del Estado de Bienestar que es el mejor fruto del consenso social español y europeo en el que vivimos.

Como Ministro de la Gobernación colaboré, no poco, tras las elecciones de 1977 en la creación del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social al que Gobernación “aportaba” las competencias e instalaciones de la muy antigua Dirección General de Sanidad.

Pasados algunos años, la iniciativa formulada en la Comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados para estudiar el régimen de pensiones, condujo a que el Presidente de dicha Comisión, cargo que en aquel momento yo desempeñaba, pasara a presidir los debates del Pacto de Toledo. Allí tuve ocasión de conocer a Adolfo Jiménez y a su espléndido equipo de colaboradores.

Volví a comprobar que existían servidores públicos que, con independencia de sus ideas y preferencias políticas, saben estar a la altura de las circunstancias cuando surge una cuestión esencial para los ciudadanos.

Se me piden unas líneas para contribuir al homenaje, en este caso muy merecido, a Adolfo Jiménez y he de repetir casi en su integridad, el resumen que hice en su

día para contar lo que fue, desde mi perspectiva, el Pacto de Toledo. El acuerdo fue posible por la colaboración de muchos más hubiera sido imposible sin Adolfo Jiménez de quien podría decirse aquello de que nunca uno hizo tanto por todos.

EL PACTO DE TOLEDO: MEJOR LA REFORMA QUE LA RUPTURA

Los acuerdos alcanzados en el Pacto de Toledo, vigentes en lo sustancial cuando se cumplen casi dos décadas de su aprobación en las Cortes, mostraron que una reforma bien hecha resulta más viable y proporciona más seguridad que una ruptura, valores a preservar en un asunto tan sensible como el sistema de pensiones, y a ese éxito contribuyó tanto la negociación responsable de los grupos parlamentarios como el buen asesoramiento que les prestaron, los altos funcionarios ministeriales y, en primer lugar, Adolfo Jiménez, entonces secretario general de la Seguridad Social. El documento que él elaboró para la Comisión de Presupuestos del Congreso fue el referente más importante de los utilizados para el “Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse”, aprobado por el Pleno del Congreso el 12 de abril de 1995.

Aquel debate consiguió un muy amplio acuerdo y sacó de la confrontación electoral un asunto sobre el que los ciudadanos prefieren que no haya contiendas políticas ni incertidumbres económicas porque afecta a uno de los pilares del Estado de bienestar que han contribuido a levantar y sostener, y que esperan que les proteja. La necesidad de responder con diligencia y eficacia ante un reto de gran magnitud, por los millones de personas a las que afecta y la dimensión del presupuesto de la Seguridad Social en las cuentas públicas, daba de por sí una gran trascendencia a la búsqueda de soluciones duraderas. Pero además generó gran polémica la defensa de un cambio radical del sistema promovida por un sector neoliberal emergente. El desmoronamiento de los regímenes comunistas alentaba en aquellos momentos un cierto fundamentalismo liberal en la vida política y económica. Desde ese ámbito se había alentado, con cierto eco, la opinión de que se encontraban al borde de la bancarrota los sistemas públicos de pensiones de reparto, es decir, aquellos en los que los activos financian las pensiones. Muchos empezaron a defender que esos sistemas debían ser sustituidos por los de capitalización, en los que el participante acumula durante su vida laboral el capital de su futura pensión. El modelo de esa posible transformación lo constituía el sistema de Seguridad Social de Chile, inspirado en las teorías neoliberales de la escuela de Chicago e implantado durante el régimen autoritario.

La disyuntiva que se planteaba no solo era de cariz técnico sino de dimensión política, entre otras cosas porque una de las opciones abría unas expectativas de rentabilidades económicas muy importantes para el sector privado. El ya pujante sistema financiero español podía acariciar la oportunidad que supondría la sustitución en España del sistema de reparto por el de capitalización, después de un comienzo poco prometedor de los Fondos de Pensiones. Además, en las elecciones generales de 1993 el futuro de las pensiones había estado muy presente en la campaña, e incluso resultó crucial en el segundo de los debates televisados entre el presidente Felipe González y el candidato del PP, José María Aznar, la confrontación de sus planteamientos sobre la pervivencia y suficiencia del sistema de pensiones.

Todos esos elementos llevaron a que las fuerzas parlamentarias asumieran como una prioridad el estudio de las dificultades detectadas para la sostenibilidad de la Seguridad Social y designaran a representantes cualificados y con veteranía política para la ponencia de la Comisión de Presupuestos que cumpliría el encargo realizado por el Pleno del Congreso, a propuesta de CiU, el 15 de febrero de 1994. Se trataba de elaborar un informe en el que se analizaran los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y se indicaran las principales reformas que deberían acometerse en los años siguientes para garantizar la viabilidad del sistema público de pensiones y evitar un déficit mayor en el Presupuesto del Estado. Ese informe, que debía combinar diagnóstico y recomendaciones, sería remitido por las Cortes al Gobierno para su ejecución. El encargo fue formulado en términos prudentes que soslayaron plantear abiertamente una disyuntiva entre el sistema de reparto y el de capitalización y se ciñó a indicar la conveniencia de que se perfilaran instrumentos de “complementariedad” del sistema vigente.

Al Gobierno no le entusiasmaba protagonizar un debate tan arriesgado y de tanto impacto social. Acometer por su cuenta la reforma de la Seguridad Social, expuesto en solitario a las críticas de toda la oposición, le habría deparado desgaste político y, previsiblemente, coste electoral. Daños que el PSOE no podía permitir que se sumasen a los que por entonces ya le estaban causando otros graves y espinosos problemas. La solución que escogió el Ejecutivo fue inteligente: dejar en manos de las Cortes la formulación de las reformas necesarias. Si se alcanzaba un acuerdo en esa línea, la adopción de medidas que pudieran resultar dolorosas contaría con respaldo y legitimidad parlamentaria, y si no se lograba un pacto el Ejecutivo dispondría de plena justificación para intervenir ante la inoperancia de la vía parlamentaria. Los trabajos para elaborar el informe con el análisis y las propuestas para reformar la Seguridad Social fueron encomendados a la Comisión de Presupuestos, que siempre preside un miembro de la oposición, que en aquellas fechas era yo.

Calaron una serie de ideas básicas y compartidas entre los miembros de la ponencia en el transcurso de las decenas de comparecencias de expertos desde mediados de marzo a finales de septiembre. La esencial, a mi juicio, consistía en que resultaba inviable la transformación del Sistema de Pensiones en un sistema de capitalización. El supuesto modelo chileno era inaplicable en España. Además, en Chile había sido impuesto desde un régimen autoritario mientras que en España regían las reglas de la democracia, y de otro, porque la envergadura del sistema público de pensiones chileno había sido en la democracia chilena, notablemente inferior al español. La transformación del sistema en España hubiera permitido que quienes comenzaban su vida laboral en 1995 iniciaran la capitalización de sus futuras pensiones con las propias aportaciones y las de sus empleadores. Pero los Presupuestos Generales del Estado tendrían que haber asumido, sin cotización alguna, las pensiones de los ya jubilados y completar las capitalizaciones de aquellos que habían iniciado su vida laboral en fechas anteriores. La conclusión acerca de la inviabilidad de la sustitución de un sistema por otro no impidió que se asumiera la conveniencia de complementar el sistema público con mecanismos voluntarios de ahorro. Ambas consideraciones no se plasmaron en ningún documento ni fraguaron un acuerdo formal pero configuraron el marco de las reflexiones definitivas una vez que terminaron las comparecencias. Para facilitar esas reflexiones y la búsqueda de puntos de acuerdo nos reunimos del 30 de enero al 2 de febrero en el Parador Nacional de Toledo, a resguardo del ajetreo de los despachos y de las llamadas telefónicas. El grupo lo componíamos parlamentarios de todo el espectro, desde liberales a comunistas, heterogeneidad que menciono para resaltar los esfuerzos realizados por todos para lograr el Pacto de Toledo.

Como documento de trabajo utilizamos el redactado por el letrado de la comisión, pero recuerdo que sirvió de permanente texto de consulta el valioso informe aportado por Adolfo Jiménez, secretario general de la Seguridad Social. Los párrafos del informe parlamentario con el diagnóstico de la situación y las recomendaciones fueron leídos, repasados y consensuados línea a línea. En primer lugar, se realizaba una descripción de la evolución del sistema de la Seguridad Social, en la que la mayoría incluimos la constatación de que había nacido antes de 1982. A continuación, se estudiaban los sistemas europeos de Seguridad Social y se enunciaban las principales reformas acometidas en los países de la Unión Europea. En la explicación de la financiación del sistema español se analizaban las cotizaciones sociales, las aportaciones del Estado y los gastos de la Seguridad Social. En el examen de los factores que podían incidir en la financiación futura, algunas consideraciones fueron ampliamente compartidas, como por ejemplo el creciente envejecimiento de la población española y la necesidad de incrementar la tasa de ocupación para que

el sistema resultara viable. En cambio, otras requirieron mucha discusión antes de ser aceptadas, en particular la previsión de que la contribución de los inmigrantes podía ser un factor decisivo para sostener las pensiones. Visto lo sucedido luego, no está de más recordar lo que el Pacto de Toledo advirtió en aquel momento: “Resulta muy difícil elaborar predicciones sobre el número futuro de trabajadores extranjeros afiliados al sistema porque, entre otras razones, ello depende de las condiciones del mercado de trabajo y del mantenimiento o reforma de la normativa vigente. Hasta hoy, lo único que cabe decir es que el número de inmigrantes legales, que entre 1981 y 1990 ha sido de 220.000 personas, no es excesivamente relevante para el futuro del sistema. Sin embargo, si la normativa cambiase, si las cifras se alterasen sustancialmente estos hechos tendrían una repercusión directa en la capacidad de financiación de la Seguridad Social”.

El pronóstico se cumplió, pero en aquellas fechas no gustó a algunos sectores. A los que auguraban la inmediata crisis del sistema les parecía ridículo pensar que el potencial de emigrantes pudiera llegar a ser un factor decisivo en el futuro inmediato.

Las líneas de actuación recomendadas y las reformas propuestas partieron de una conclusión básica compartida por los representantes parlamentarios aunque no quedara explícita en su informe: continuemos con el sistema de Seguridad Social pero con reformas que necesita para ayudar a su pervivencia. Así, contaron con amplio respaldo las propuestas de separación y clarificación de las fuentes de financiación, la constitución de reservas y la mejora de los mecanismos de recaudación y de lucha contra la economía irregular. Tuve la sensación de que si bien un número considerable de ponentes valoraba la idea de la unificación del sistema y la desaparición de los regímenes especiales, las llamadas a las sedes de los grupos parlamentarios tuvieron como resultado una respuesta que recomendaba cautela, comprensible en un asunto de esa trascendencia.

La propuesta definitiva de la ponencia consistió en recomendar que continuara el proceso de unificación, con una reducción gradual de los regímenes existentes y una progresiva homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los asalariados quedaran encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o en el de trabajadores por cuenta propia, contemplando no obstante las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo.

El Pacto de Toledo recibió una acogida positiva en cuanto que significaba que los grupos parlamentarios sellaban un acuerdo para preservar la sostenibilidad de la Seguridad Social pero enseguida llegaron las críticas de los sectores que repro-

chaban a la ponencia parlamentaria haber desperdiciado la ocasión de modificar sustancialmente el sistema, visto desde la aspiración de implantar el modelo de capitalización. En las varias ocasiones que me tocó polemizar con los defensores de esa transformación inspirada en el ejemplo chileno defendí con toda convicción la conclusión a la que llegamos en la ponencia: en España era inviable la sustitución del sistema de reparto. Tanto por la fractura que generaría la división entre partidarios y detractores como por el inmenso volumen de recursos que sería necesario destinar a esa transformación.

El transcurso del tiempo ha demostrado la eficacia del Pacto de Toledo tanto por la sensatez de las recomendaciones realizadas, cuya utilidad se ha visto al aplicarlas, como por la credibilidad del Parlamento en cuanto institución capaz de ofrecer soluciones que requieren amplios acuerdos. Los representantes de los ciudadanos supieron definir y proteger el interés general. Y el Pacto de Toledo es hoy generalmente recordado mucho más como un buen punto de partida que como una ocasión desaprovechada.

Capítulo IV

LA CONCERTACIÓN SOCIAL COMO MECANISMO DE LEGITIMACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Marcos Peña

Presidente del Consejo Económico y Social de España (CES)

1. LEGITIMACIÓN Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA EN TIEMPOS DE CRISIS

- De los tres elementos a los que hace referencia el título de este trabajo, Concertación Social, Seguridad Social y Legitimación, los dos primeros, aisladamente o en conjunción, están muy presentes en los análisis socioeconómicos. El último ejemplo de esta relación entre Concertación y Seguridad Social sería la última reforma del sistema de pensiones, plasmada en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre de 2012, cuya elaboración se cerró sin acuerdo entre los interlocutores sociales y el Gobierno, y esta falta de acuerdo social reprodujo anteriores debates sobre la relación entre concertación social y regulación social, que se pueden incluso expresar haciendo referencia a un eventual conflicto entre concertación o consenso y autonomía de los poderes ejecutivo y legislativo. En estos debates, los argumentos que priorizan la capacidad legislativa de Gobierno y Parlamento se basan fundamentalmente en la responsabilidad de los órganos del poder político con el conjunto de la ciudadanía respecto de temas que afectan al interés general. Frente a ellos, aparecen los argumentos centrados en la implicación de las instituciones de la sociedad civil en la gobernanza política, precisamente como factor de legitimación de ésta.

Vemos así que, junto a elementos clásicos del ámbito sociolaboral, referidos a la concertación sobre los sistemas de protección social, y en particular sobre

su reforma, aparece un elemento, la legitimación, típico de la teoría política. La ciencia política se ha ocupado con frecuencia de las razones de la legitimación del poder, empezando por las formulaciones clásicas de Locke, basadas en la legitimidad derivada del contrato social por el que los ciudadanos constituyen el Estado y le hacen entrega de sus poderes individuales, o de Weber, para quien la dominación que ejerce el Estado, como probabilidad de encontrar obediencia a sus mandatos, tiene en las democracias modernas una legitimidad de carácter racional. Ésta se basa en la creencia de los ciudadanos en la legalidad del ordenamiento establecido y del derecho a ordenar de quien ejerce el poder según ese ordenamiento. Y otro elemento de estos planteamientos weberianos es la idea de representación, el hecho de que la acción de determinados miembros de una organización, los representantes, se imputa a los restantes miembros de ésta y es considerada por estos como legítima y vinculante.

Probablemente la construcción de la legitimidad más típica del siglo XX es la de la democracia participativa o deliberativa. Para Habermas, el reconocimiento de un orden político se relaciona con una racionalidad procedimental, que tiene que ver fundamentalmente con la calidad de la vida pública, con la participación de los interesados en la deliberación para las tomas de decisión. Y como subraya Joaquín Abellán, la democracia deliberativa pide, junto a la ampliación de la participación política, derechos sociales que permitan una real igualdad de oportunidades de los ciudadanos para deliberar y decidir sobre los asuntos públicos. Por decirlo sintéticamente, una búsqueda conjunta de la libertad y la solidaridad. Y como para Habermas en la sociedad moderna la comunicación es un elemento clave, el discurso como representación del poder comunicativo, cobra gran relieve. Mejor dicho, los discursos, porque en la democracia deliberativa coexisten el discurso pragmático, en el que se negocia sobre intereses, con estrategias racionales que pueden facilitar los compromisos, y el discurso ético-político, para ponerse de acuerdo sobre fines y valores.

Al margen de que estas ideas generales sobre democracia, representación y legitimación ayudan a entender el marco social y político en el que pueden insertarse cuestiones como la configuración de los sistemas de protección social o el papel de los agentes sociales, no es difícil encontrar también en ellas elementos que nos remiten más directamente al análisis de estas cuestiones. Elementos o términos como deliberación, participación, negociación o compromiso entran en cualquier definición de la concertación social y también lo harían la idea de representación o representatividad para determinar los protagonistas de esta concertación, o la noción de intereses como articuladora de la acción representativa. Por otro lado, la referencia a los derechos sociales

como elementos favorecedores de la igualdad real aparece también cuando pensamos en los fines de los sistemas de protección social.

- No parece casual que en estos tiempos de crisis la idea de legitimación se refiera, no solo al poder político, sino a la política como tal. Schmitter, precisamente uno de los máximos teóricos de la concertación social, nos recordaba hace poco que la legitimación suele ser protagonista de los análisis políticos cuando se aprecian carencias en ella. Con distintas denominaciones, que suelen incluir con diferentes combinaciones los términos crisis y representatividad, el asunto (más bien, el problema) de la legitimación aparece cuando se habla de la democracia parlamentaria, del proyecto político europeo, y también del diálogo social y sus protagonistas, los interlocutores sociales.

Sin duda que existen razones suficientes para que la presente crisis económica y sus contagios en los terrenos político e institucional hagan reflexionar sobre la legitimación de los sistemas basados en la representatividad electoral. Y razones similares aparecerían cuando se plantea el repensar las fórmulas de sostenibilidad de los sistemas de protección social.

Respecto de la representatividad electoral, además de los muy elementales razonamientos sobre la supremacía democrática de las fórmulas basadas en el sufragio universal y secreto, convendría subrayar que se trata de un tipo de representatividad, predicable de los sistemas políticos y también de la representatividad de los interlocutores sociales. Esta representatividad está ampliamente comprobada en las elecciones de representantes de los trabajadores en las empresas, con resultados que concentran fuertemente la representatividad en las dos grandes organizaciones sindicales, y en la generalizada afiliación de las empresas a las organizaciones sectoriales y territoriales que a su vez se asocian en las confederaciones empresariales.

Por eso, cuando la reflexión sobre la representatividad llega a su cuestionamiento conviene ser prudentes y no olvidar, por ejemplo, que un término de uso tan general en la actualidad como “clase política”, utilizado habitualmente para expresar el alejamiento de la representatividad de quienes la tienen con base electoral, fue acuñado por uno de los grandes teóricos de la ciencia política fascista, Gaetano Mosca. Como tampoco hay que olvidar que entre las retóricas de la intransigencia propias del pensamiento conservador de las que habla Hirschman se encuentran las tesis de la perversidad del Estado benefactor que altera, no solo el funcionamiento de los mercados, si no la libertad y la democracia.

Pero en todo caso parece claro que la crisis política e institucional reclama unas mayores dosis de legitimación institucional, al igual que la crisis económica hace necesario intensificar la reflexión sobre el futuro de los sistemas de protección social. En el ámbito de estas teorías sobre la democracia participativa o deliberativa (podríamos decir, de la democracia participativa por deliberativa) podemos encontrar la conexión para hablar de legitimación de un elemento del sistema institucional de tanto relieve en los Estados de Bienestar como es el Sistema de Seguridad Social. Para hablar de legitimación del sistema a través de la concertación social, como participación de los interlocutores sociales en la configuración de este sistema, y para hablar de legitimación de estos interlocutores y de los poderes públicos a través de esta participación.

- Afortunadamente, el estudio del papel de la concertación social como mecanismo de legitimación del Sistema de Seguridad Social, se puede efectuar en España desde bases empíricas, por la experiencia de concertación sobre este tema. Y aunque esto no suponga en sí mismo una valoración positiva, ni mucho menos negativa, de estos procesos de concertación, sí tiene algo de claramente positivo en el plano analítico. No parece exagerado decir que estamos abrumados por informes, debates, tesis o tertulias en las que se opina sobre las ventajas e inconvenientes de la concertación social y sobre las reformas necesarias del Sistema de Seguridad Social. Y tampoco parece exagerado decir que en todos estos ámbitos de opinión, la prevalencia de las teorías y también de la predicción de los hechos futuros es considerable. No vendría mal entonces profundizar algo en el análisis de lo que hasta ahora se ha hecho en materia de reformas de la Seguridad Social y del papel que en esta cuestión ha jugado la concertación.

2. REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONCERTACIÓN

- De manera forzosamente esquemática podríamos decir que las reformas de la Seguridad Social comenzaron en 1985, con la ampliación de los periodos de carencia y de cómputo de las bases de cotización a efectos de pensiones, siguieron con las reformas post huelga general del 14-D de 1988, en torno a la revalorización automática de pensiones, y alcanzaron un momento muy significativo en 1995 con el acuerdo político del Pacto de Toledo y su reflejo en el diálogo social en 1996. Estos últimos acuerdos tuvieron un contenido que podríamos llamar cuantitativo, de ampliación del periodo de cálculo para las pensiones, y cualitativo, de crear un marco político en el ámbito parlamentario favorecedor del consenso en reformas sucesivas.

Tras el Pacto de Toledo, el siguiente movimiento reformista se dio en 2001, también en la línea de ampliación de los periodos de cálculo, seguido en 2006 por reformas centradas en la jubilación anticipada y la prolongación de la vida activa. En 2011 la reforma se centró en el paso a los 67 años como edad legal de jubilación. Y la última reforma, a finales de 2012, introdujo el factor de sostenibilidad como elemento de determinación de la pensión inicial, tomando como referencia las expectativas de vida, y cambió el referente para la revalorización, con una fórmula en la que las perspectivas económicas del Sistema de Seguridad Social tienen un papel fundamental, frente a las anteriores fórmulas de indexación por la evolución de los precios.

Se puede decir que el momento simbólico por excelencia de la relación entre concertación social y reforma de la Seguridad Social llegó a mediados de los noventa, con el doble acuerdo político y de los agentes sociales en torno a estas reformas. Con anterioridad, el desacuerdo sindical marcó el inicio en 1985 del camino de reformas centradas en la relación entre pensiones y periodos cotizados. Con posterioridad al Pacto de Toledo, se han sucedido el acuerdo de 2011 y el desacuerdo de 2013 respecto de reformas en temas clave como la edad de jubilación y las fórmulas de cuantificación de las pensiones. En el resto de reformas, el acuerdo social y también político ha sido la línea predominante. Se podría decir en resumen que el Sistema de Seguridad Social ha estado sometido a un proceso de reformas de considerable intensidad en sus contenidos y también en los tiempos de su realización. Por otro lado, teniendo en cuenta precisamente esta intensidad reformista, se podría decir que el grado de consenso social en torno a ella ha sido bastante apreciable. Detengámonos ahora en algunas referencias que pueden ayudar a contextualizar esta evolución.

- La primera sería que en este periodo indudablemente marcado por la crisis iniciada en 2007, los procesos de reforma de la Seguridad Social, más concretamente de las pensiones, se han producido prácticamente en todo el ámbito europeo, con resultados desiguales, por países y por temas, en cuanto al respaldo de estas reformas por el diálogo social. En los análisis comparados de esta situación como los llevados a cabo por la OIT o por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo aparecen dos rasgos comunes: la incidencia de un factor estructural como el envejecimiento de la población y el condicionante de la sostenibilidad financiera de la protección social en contextos marcados por crisis del empleo productoras de crisis de ingresos por cuotas y por procesos de fuerte consolidación fiscal, con urgencias en la adopción de medidas de contención del gasto público para reducir el déficit.

En conjunto, este no es buen escenario para los acuerdos sociales. Tanto la intensidad de las medidas de reforma como la urgencia en su puesta en práctica no son factores favorecedores del clima apropiado para el diálogo social, y han prevalecido sobre la dimensión positiva para este diálogo relacionada precisamente con la legitimación de las decisiones políticas.

La segunda referencia para valorar la experiencia española se relacionaría con que, frente a la idea general de que las reformas constituyen un cambio de una estructura o modelo previamente consolidado, en el caso español las reformas se han producido en gran medida en paralelo a la construcción del propio modelo de Seguridad Social. Elementos estructurales en la consolidación de los sistemas de protección social, como la definición de sus fuentes de financiación dentro del binomio Cuotas—Presupuestos, la universalización de la asistencia sanitaria, la generalización de las pensiones de jubilación (incluida su vertiente no contributiva) y la fijación de sus cuantías en niveles relacionados con la evolución de precios y salarios, se han ido definiendo a la vez que se producían reformas vinculadas especialmente a los efectos del cambio demográfico.

La tercera referencia, ya centrada en la concertación en torno a las reformas, sería la de que esta concertación ha sido social, y también política. No han sido sus protagonistas solo los interlocutores sociales en su ámbito bipartito, ni estos interlocutores sociales y el Gobierno, en el ámbito tripartito. El Poder Legislativo, en definitiva, el conjunto de los sujetos políticos, y no solo el que ejerce funciones de Gobierno, han sido también protagonistas de esta concertación en el marco del Pacto de Toledo.

Sería bueno recordar ahora alguna de las objeciones clásicas respecto del diálogo social, como la de su eventual interferencia con el ámbito más específico de la representación democrática de base electiva. Sería bueno hacerlo para ayudar a entender las dificultades que sin duda surgen en la búsqueda de consensos sociales y políticos en torno a un tema como la reforma de los Sistemas de Seguridad Social, y más concretamente las pensiones. Pero también para mostrar como las objeciones teóricas que pueden expresar prácticamente una lucha de poderes, pueden ser superadas con una práctica de cooperación que podríamos calificar literalmente de institucional. Una cooperación basada en criterios políticos de dar prioridad a los intereses generales sobre los partidistas, y en criterios asimismo políticos de considerar que los intereses específicos de los diferentes agentes políticos pueden verse satisfechos cuando estos aparecen en la escena política como sujetos cooperativos.

La cuarta referencia nos llevaría a volver al tema de la legitimación, ahora con una visión amplia, que podríamos calificar nuevamente de institucional. Legitimación del Sistema de Seguridad Social, de sus gestores y de sus responsables políticos. Y también, de forma más amplia del conjunto de sujetos de los ámbitos sociales, económicos y políticos que, por participar en un ámbito tan institucional como es el de la Seguridad Social, tienen también la consideración de sujetos institucionales. Una legitimación, por último, de la concertación social como ámbito apropiado para tratar en él las reformas de la Seguridad Social.

Y en este caso, el término legitimación no tiene solo que ver con esta dimensión que hasta ahora hemos manejado de justificación del ejercicio del poder, en cualquiera de las modalidades con las que el poder puede ejercitarse en las sociedades modernas. Tiene que ver también con la dimensión de la legitimación que se vincula con la representatividad, con la legitimación para el diálogo social no se relacione con esta representatividad.

3. LA LEGITIMACIÓN DEL DIÁLOGO SOCIAL PARA LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- Para empezar, algunas consideraciones sobre los sujetos de las reformas en materia de seguridad social y la legitimación de los sujetos políticos, Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Cuando hablamos del Sistema de Seguridad Social, incluso si nos referimos solo a las pensiones, estamos hablando de un tema de suma importancia desde la perspectiva de los intereses y de los derechos de los ciudadanos. Importante en el plano cuantitativo, por el elevado y creciente número de personas que forman el colectivo de pensionistas; importante también en el plano cualitativo por la relación entre sistemas de protección social y efectividad de derechos básicos de ciudadanía, desde la protección de la salud a la garantía de unas condiciones de vida dignas. Y el tema es también de relieve desde la perspectiva del funcionamiento de las instituciones públicas, aunque solo fuese por el importante y también creciente volumen de recursos públicos que movilizan los sistemas de protección social.

Cualquiera de estas dimensiones de los sistemas de protección social justificarían la actuación de los agentes políticos respecto de ellos, y afectarían también a su legitimación en las distintas acepciones del término a las que hemos hecho referencia. Legitimación de la actuación política como expresión de la legitimidad de actuar en este tema por quienes tienen la máxima legitimidad

posible en democracia, la derivada de los procesos electorales. Legitimación en el sentido de que un papel activo de los agentes políticos en el ámbito de la Seguridad Social puede reforzar la credibilidad ante los ciudadanos de estos agentes. Y estas dos dimensiones de la legitimación llevarían a que ésta tuviese a la vez un sentido de poder, de capacidad de actuación, y un sentido de responsabilidad, de necesidad de actuar para cumplir con el papel de tutela del interés general propio del poder político.

Pero en ningún caso esta reafirmación de poder y responsabilidad de los agentes políticos resulta incompatible con la capacidad de actuación de los agentes sociales en materia de protección social, con sus consiguientes efectos en cuanto a posibilidad, y también conveniencia de dar entrada a la reforma de los sistemas de Seguridad Social en los terrenos de la concertación social.

- Existen razones para decir que bastantes características de los interlocutores sociales y de la concertación social influyen en potenciar su legitimación para actuar en este tema. Y no negamos que estas consideraciones tienen un sentido de reivindicación de esta legitimación. Una reivindicación que se produce en estos tiempos en que el debate sobre la democracia participativa está llevando a cuestionar demasiadas cosas a la vez: desde la vigencia de las fórmulas que podríamos llamar tradicionales de democracia representativa, hasta el papel de los interlocutores sociales más vinculados a la actividad económica y laboral, los sindicatos y organizaciones empresariales.

Los sindicatos y las organizaciones empresariales tienen una clara dimensión de representación de intereses de los colectivos sociales que agrupan, y son además representativos, legítimamente representativos en la medida en que son procedimientos electorales y asociativos los que fundan su representatividad. En este sentido, las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios serían sujetos representativos de la sociedad civil, con una legitimación de base democrática, y de ahí lo ajustado de su caracterización como interlocutores sociales.

Pero además, sindicatos y asociaciones empresariales son sujetos de la actividad económica a través de la cual la sociedad se dota de los bienes y servicios que hacen viable la vida social y a través de la cual se genera la actividad, el empleo, que es base de la inserción en la vida social. En este sentido, las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios toman decisiones que inciden en la vida económica y con ello en la vida social, y son así, literalmente, agentes económicos y sociales.

No se trata de entrar en debates acerca de quien representa más y mejor a la sociedad civil, pero está claro que las organizaciones sindicales y empresariales tienen un perfil específico, hecho de actuación representativa con base representativa y de acción económica y social, que las sitúa en un terreno en el que pueden converger la cohesión social y la eficiencia económica. Y esto sin duda debe influir en legitimar su participación en la vida pública, concretamente a través de los procesos de concertación social.

- Específicamente en el caso de la Seguridad Social, la legitimación de los interlocutores sociales para participar en sus procesos de reforma está justificada en gran medida por la conexión de los sistemas de seguridad social con el empleo, las condiciones de trabajo y la actividad empresarial. Si pensamos en el contenido de las prestaciones de la Seguridad Social, deberíamos recordar las clásicas definiciones de éstas como elementos de sustitución de las rentas de trabajo en casos como la enfermedad, el desempleo o el cese definitivo de la actividad laboral, con lo que la conexión con la trayectoria laboral parece evidente.

Esta referencia a las rentas de trabajo nos lleva también al terreno de la financiación de sistemas de protección social como el español, de base contributiva, a partir de cuotas abonadas por empresarios y trabajadores, y cuya cuantía se define en función de los niveles salariales, siendo también estos niveles el referente que determina la cuantía de las prestaciones. Y no se olvide que se trata de un sistema de reparto en el que quienes ahora trabajan y dan trabajo, reciben y pagan salarios cotizan a partir de ellos, financian los pagos a los pensionistas que antes fueron trabajadores. Parece claro que quienes representan a empresarios y trabajadores, como financiadores y beneficiarios del sistema, deben tener un papel relevante en la configuración del mismo.

Más allá de estas características que podríamos denominar estructurales de los sistemas de seguridad social, la evolución de estos está influida en gran medida por cuestiones relacionadas con el ámbito laboral. El gran tema que marca las reformas del sistema de pensiones, el envejecimiento de la población, lleva a la cuestión de la prolongación de la edad de jubilación como mecanismo de contención del coste de las pensiones, y hablar de esta prolongación es hablar de prolongación de la vida laboral. Y cuando se entra en esta cuestión se observa que no se trata solo de un ajuste en las edades legales de jubilación, porque las edades reales han experimentado un proceso de anticipación que pone de relieve la existencia de mecanismos en el mercado de trabajo que desincentivan la permanencia de los trabajadores en edades

próximas a la de jubilación legal. Estamos pues en el terreno del empleo y de las condiciones de trabajo, y con ello en el terreno de los interlocutores sociales y la negociación colectiva. Y estamos también en el terreno de las políticas de empleo, en lo que estas tienen de búsqueda del incremento de las tasas de actividad.

Si hablamos de empleo en esta perspectiva de la edad de jubilación, también deberemos hacerlo cuando se plantea otra de las grandes cuestiones de los sistemas de protección social, la de su financiación, en condiciones de estabilidad financiera. Como consecuencia del proceso de envejecimiento, pero también relacionado con las transformaciones en el empleo, surge el problema de la obtención de ingresos para un nivel creciente de gastos del sistema. Un problema que tiene una clara dimensión de niveles de empleo, de niveles de cotizantes, y que se relaciona también con asuntos tan relevantes como el empleo juvenil o las tasas de actividad femeninas. Y un problema que tiene también una dimensión no solo de cotizantes si no de cuotas, si pensamos en los niveles salariales correspondientes a vidas laborales que se apartan de los parámetros de continuidad propios de las etapas anteriores a las transformaciones que desde hace al menos 20 años está experimentando el empleo. Y esto, por no hablar ya de los niveles salariales que, especialmente a partir de la crisis de 2007, experimentan descensos que se reflejan a su vez en descensos en la participación de las rentas de trabajo, con efectos en el consumo y en la actividad empresarial. Empleo, salario, y en relación con ellos, productividad, son temas típicamente laborales que condicionan la financiación de los sistemas de protección social.

Y junto a estos ejemplos relacionados con las cuotas como elementos de financiación del sistema, también encontraremos ejemplos de valoración de las cotizaciones sociales como elementos que pueden incidir en el empleo. Aquí ya no se trata de valorar como influyen el empleo y las condiciones de trabajo en los ingresos del sistema, sino en considerar como la forma mediante la que se configuran estos ingresos puede incidir en el empleo. Hablamos de la cuestión de hasta qué punto costes del factor trabajo, como las cotizaciones sociales, pueden incidir en las decisiones empresariales de contratación. Una cuestión que lleva a reexaminar los sistemas de financiación de la protección social y su incidencia en el empleo, y que nos sitúa nuevamente en terrenos propios de los agentes sociales.

Finalmente, el tema de la articulación entre sistemas públicos de pensiones y sistemas complementarios o profesionales, establecidos habitualmente a través

de la negociación colectiva, nos muestra otra dimensión de la relación de los interlocutores sociales con la evolución de los sistemas de protección social.

4. LA LEGITIMACIÓN DE LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL A TRAVÉS DEL DIÁLOGO SOCIAL

- Si revisamos lo dicho hasta ahora sobre la democracia participativa y deliberativa, papel de los sistemas de protección social, trayectoria de la concertación en materia de seguridad social, crisis institucional que la crisis económica abrió y alguna de las medidas anticrisis ayudó a agrandar, o legitimación de los agentes sociales para participar en las decisiones sobre el Sistema de Seguridad Social, parece clara una conclusión: el diálogo social puede ser un elemento positivo para la legitimación de las reformas de la Seguridad Social. Los interlocutores sociales, por su doble condición de sujetos representativos y agentes económicos, están legitimados para participar en las reformas de la Seguridad Social. Además, esta participación puede también reforzar su legitimación.

Estas conclusiones se verían apoyadas por la evidencia empírica de que a través de la concertación social han sido posibles en España reformas que sin modificar los elementos básicos de definición del sistema, dentro de los parámetros de éste, han entrado en sus temas críticos.

Debe quedar claro que estas afirmaciones sobre el papel del diálogo social en las reformas de la Seguridad Social son compatibles con el reconocimiento de la legitimación política de las reformas producidas en este ámbito político. La cuestión no es plantear una pugna entre legitimaciones políticas y sociales, sino plantear cómo pueden reforzarse mutuamente ambas legitimaciones en el contexto de las democracias participativas. Puede darse un encadenamiento, que podríamos calificar de virtuoso, entre legitimaciones: de los agentes sociales y de la concertación social, de las reformas de la Seguridad Social, y de los poderes públicos. En la medida en que las reformas vía consenso obtienen un plus de legitimación, esta a su vez reforzaría la legitimación de todos los sujetos que participan en ellas. Y ese encadenamiento de legitimaciones nos situaría claramente en ese terreno de la democracia participativa en el que se iniciaron estas reflexiones.

- Por eso, a partir de la argumentación sobre las bases teóricas de la legitimación por el diálogo social de los sistemas de seguridad social y de la descripción de la realidad de este tipo de diálogo social en nuestro país, convendría ha-

cer el esfuerzo de valorar las posibilidades y las condiciones para que esta legitimación se haga efectiva. La valoración del grado de satisfacción de los intereses representados por agentes sociales y gobiernos en los procesos de concertación es un elemento clave para entrar en el terreno de las inevitables cesiones y contraprestaciones que acompañan al diálogo social. Y en ese terreno, tan importantes pueden ser los cálculos de resultados que cada uno de los actores realicen como los márgenes de maniobra de los que cada uno disponga.

Para esta tarea puede ser útil acudir a los análisis del diálogo social que aplican en este ámbito ideas más generales acerca de los procesos de negociación, en los que es frecuente encontrar referencias al poder de los sujetos negociadores. Al poder que con carácter general pueden tener interlocutores sociales y gobiernos en los ámbitos políticos y sociales y al concreto poder negociador del que pueden disponer en unas determinadas circunstancias socioeconómicas y políticas.

A partir de ahí, cuando se estudian las posibilidades de éxito de la concertación social aparecen varios planteamientos o hipótesis. Una sería la hipótesis funcionalista, que relaciona el éxito del diálogo social con las necesidades de los sistemas socioeconómicos y políticos de encontrar soluciones a problemas no abordables desde otros planteamientos. Junto a éstas, las hipótesis calificadas de utilitarias se fijan no solo en los resultados concretos o directos de los procesos de negociación, sino en otros efectos que por calificarse de “intangibles” no pierden una considerable importancia: la paz social, la creación de un clima de confianza o la adquisición por los interlocutores sociales de un mayor grado de autonomía. Y muy vinculado a esta última dimensión aparecería el resultado de legitimación de los protagonistas de los acuerdos en función del éxito de los mismos.

En el terreno de las justificaciones de la concertación social como factor de resolución de problemas, no parece exagerado decir que la crisis económica y su contagio político no han situado precisamente a la concertación social en la agenda política como un elemento prioritario. Sin necesidad de entrar en análisis ideológicos de modelos de sistemas de protección social, observamos una diversidad de factores que influyen en esta situación. La pérdida de margen de maniobra en los Estados para adoptar medidas con incidencia real en una economía internacionalizada o la urgencia con la que se plantea la ejecución de las medidas de consolidación fiscal y las reformas, como la de las pensiones, que se supone deben acompañarlas, dejan escaso margen

para elementos de contraprestación en las negociaciones, desplazando así a la concertación en su dimensión de planteamiento óptimo para la solución de problemas.

Habría que pensar entonces en otras utilidades de la concertación, como las que aparecen desde la perspectiva de la legitimación. De la legitimación del Sistema de Seguridad Social y de sus reformas, y también de los protagonistas de éstas.

Recordemos las referencias ya hechas a los problemas de legitimación que encuentran los poderes políticos, nacionales y también europeos, como consecuencia de la aparición de la crisis y del tipo de medidas anticrisis adoptadas. La combinación de la percepción de la crisis por la ciudadanía como resultado de un desbordamiento del poder político por los poderes económicos, y de la percepción de las medidas anticrisis como ruptura de los contratos electorales ha llevado a esta crisis de legitimación. Pues bien, en la medida en que las reformas sean fruto de acuerdos sociales, la brecha entre ciudadanía y poder político podrá irse rellenando con mayores dosis de legitimación. Pero para eso habría que aliviar el problema de los márgenes de la negociación, de la estrechez del terreno en que ésta pueda moverse, para que así todos los participantes en el diálogo social puedan desplazarse por él, aunque sea desde posiciones e intereses distintos. Para ello, habrá que actuar en la búsqueda de intereses compartidos, desde el de la propia legitimación de estos sujetos a través de los acuerdos a la legitimación del sistema de Seguridad Social, afianzando su viabilidad económica y su función de cohesión social.

Y para concluir, algunas matizaciones en la valoración de la trayectoria de acuerdos y desacuerdos en la concertación sobre Seguridad Social puede ayudar a valorar las posibilidades de acuerdos futuros. En el análisis de esta trayectoria veríamos que el acuerdo se ha producido cuando las reformas han estado más relacionadas con un tema como es el envejecimiento de la población, sobre el cual las posibilidades de establecer diagnósticos y prescripciones son más amplias. Por el contrario, las dificultades para el acuerdo social, y también político, son mayores cuando las reformas se relacionan con cuestiones más generales, como las medidas anticrisis y más concretamente la lucha contra el déficit, respecto de las cuales el consenso social y político es más difícil. Y en torno a estos temas, de envejecimiento y gasto público, aparecen debates paralelos en torno a otros como el modelo productivo o la configuración del mercado de trabajo.

Todo esto nos da idea de que las posibilidades de acuerdo en torno a las reformas de Seguridad Social, están relacionadas con consensos más amplios, sociales y también políticos. Y como es habitual en cualquier proceso negociador, la diversidad y complejidad de los temas a tratar puede ser tanto un elemento que dificulta los acuerdos, por lo ambicioso de los consensos a alcanzar, como un elemento favorecedor de estos acuerdos, en la medida en que los protagonistas del diálogo identifiquen temas en los que puedan encontrarse contraprestaciones, no siempre realizables en el corto plazo.

Capítulo V

LA DEFENSA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS PACTOS POLÍTICOS

Octavio Granado

Secretario de Estado de la Seguridad Social (2004-2011)

1. ANTECEDENTES: CÓMO PASA ALGO DE SER UN PROBLEMA A UN LOGRO COLECTIVO

Cuando Adolfo Jiménez se hace cargo de la Secretaría General de la Seguridad Social, el sistema motiva una cierta reticencia en los responsables de la política económica del país. El primer Gobierno democrático encarga a Juan Velarde el *Libro Blanco de la Seguridad Social*, que debe analizar el conjunto de un sistema que comienza a incorporarse a los Presupuestos Generales del Estado a través de un folio, y que deberá asumir los restos del entramado mutualista para frenar la quiebra de muchas de estas entidades.

Esta falta de control es perceptible cuando los *Pactos de la Moncloa* (1977) recogen dentro del “Programa de saneamiento y reforma de la economía” la necesidad de someter a los ingresos y gastos del sistema al control presupuestario, para facilitar tanto el control de las decisiones como la consolidación de las cuentas, y recogiendo el incremento de las aportaciones tributarias a la financiación de los servicios sanitarios y sociales, así como la evolución de las cuotas en paralelo a las retribuciones de los trabajadores, abriendo un camino que debía sustituir las bases tarifadas por las proporcionales.

La necesidad de seguir progresando en la transparencia del sistema se recoge en una serie de puntos del *Acuerdo Nacional de Empleo* (1981) que reitera la necesidad de elaborar un reconocimiento y diagnóstico conjunto, que no obstante quedará

limitado a un Informe —*Programa de Mejora y Racionalización de la Seguridad Social*— que se remitirá al Congreso de los Diputados tan abundante en propuestas como falto de concreción. El programa sin embargo ya señala que las proyecciones realizadas generarían un déficit de un billón de pesetas en los próximos años.

Estas proyecciones preocupan al Ministerio de Trabajo de Joaquín Almunia, así como las disfunciones con las que se comporta un sistema que intenta corregir con la generosidad en el otorgamiento de las prestaciones la exigüidad de las mismas, y la falta de revalorización que reducía su poder adquisitivo en una serie de años con una inflación alrededor del 20%. La reforma de Almunia en 1985 es duramente contestada por la huelga general promovida por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, y más tarde una nueva huelga general será realizada con éxito por la Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras contra el contrato de aprendizaje promovido por el Gobierno socialista.

Estos acontecimientos marcan las reflexiones que Adolfo y sus colaboradores emprenden sobre la imperiosa necesidad de contar, de un lado, con un conocimiento de la realidad del sistema que no sea objeto de cuestionamiento, pero de otro con un respaldo social a la hora de enfrentar las reformas necesarias en el plano de la Seguridad Social, basadas en un proceso en el que todos salgan ganando porque todos pierdan alguna oportunidad de representación política.

Este proceso de interlocución no puede ser protagonizado por las organizaciones sindicales, todavía ancladas en la cuestión reivindicativa y con una perspectiva reducida a las condiciones de vida, todavía muy precarias, de la mayor parte de los pensionistas españoles.

Menos aún es un proceso del que se hagan titulares las organizaciones empresariales, que basculan entre la permanente demanda de reducción de las cotizaciones de los empleadores y de reequilibrio de la parte de cuota que se asigna al trabajador y al empresario.

Los sectores más intelectualmente dinámicos y conservadores del empresariado manifiestan por otro lado una creciente fascinación por la reforma operada en Chile por Piñera, ignorando voluntariamente que una proceso de estas características parte durante una generación (lo que se ha dado en llamar generación sacrificada) de la necesidad de financiar las pensiones generadas con cotizaciones anteriores, para destinar las nuevas cuotas al ahorro necesario para capitalizar las nuevas prestaciones.

Serán pues los interlocutores políticos, los grupos parlamentarios, quienes se conviertan en protagonistas de las reformas de consolidación del sistema, aunque

previamente se haya producido un proceso que facilite el logro de complicidades: la separación de fuentes de financiación, asignando a los tributos generales la función de generar ingresos necesarios para los servicios que se prestan vinculados al título de ciudadanía y no al título de contribuyente.

Esta financiación de estos servicios no los separa de las prestaciones contenidas en la Ley General de Seguridad Social, sino que establece para ellos una categoría de beneficiarios y un sistema de ingresos desvinculados de los cotizantes y sus familias. Dos elementos favorecen esta segregación: el hecho de que la gestión de los servicios sanitarios, sociales y posteriormente de la Ley de Dependencia corresponda a las Comunidades Autónomas, y la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (la actual Unión Europea) con la puesta en marcha de un nuevo tributo, el Impuesto sobre el Valor Añadido, de gran capacidad recaudatoria.

La complicidad obtenida debía garantizar, de un lado, que las reformas no iban a reducir el gasto, sino a mantener equilibrios de mayor calidad entre ingresos y gastos, con la dedicación exclusiva de las cotizaciones a las prestaciones contributivas, y por otro que al menos las cotizaciones sociales no iban a incrementarse por la mejora de las prestaciones.

No olvidemos que al lado de las reformas que se vienen realizando en el ámbito de las prestaciones (con el establecimiento de una pensión máxima, la mejora de las pensiones de los regímenes especiales y de prestaciones como maternidad) tan importantes son las reformas que tienen lugar en el ámbito de la gestión, con la simplificación de entidades, el desarrollo de programas concretos, la puesta en marcha de la Gerencia de Informática, etc. La Seguridad Social española pasa a ser, de la mano de Adolfo Jiménez y de algunos de sus colaboradores (Constantino Méndez, por citar uno) una administración profesionalizada, modernizada, con procedimientos de gestión rápidos que atienden eficazmente a los usuarios.

2. EL PACTO DE TOLEDO

Conseguida esta complicidad con la separación de fuentes, que había comenzado a finales de los años ochenta del pasado siglo y será luego estipulada en el texto del Pacto, es necesario encontrar un protagonista político, ya que como hemos visto no es posible una asunción mixta entre interlocutores sociales y partidarios. Es curioso, pero la situación será la contraria en la primera decena de este siglo, hasta llegar al momento actual en el que las reformas vuelven a ser, como en 1985, reformas del Gobierno en exclusiva.

Tampoco era fácil esta decisión, y aquí la habilidad discreta y silenciosa de Adolfo Jiménez juega un papel imprescindible. Para empezar, Adolfo solicitó una entrevista con el Presidente del Gobierno, ya que el propio PSOE no era un colectivo homogéneo, sino un conglomerado de diferentes sensibilidades, y convenía no quedar sin asidero en la discusión.

Para continuar, había que conseguir un *partenaire* convencido de la tarea y que además pudiera rentabilizarla sin celotipias del resto. Miguel Roca era la persona adecuada, pero el respeto que encontraba fuera de su partido se convertía en desconfianza dentro (Adenauer decía que hay enemigos, enemigos mortales y compañeros de partido), y delegó en su colaborador Francesc Homs i Ferret. Para que el acuerdo fructificara los representantes del Partido Popular no podían ser ultraliberales adversarios de los sistemas de reparto, y Martín Villa, Juan Carlos Aparicio (cuyo padre había sido —con el mío— funcionarios del extinguido Instituto Nacional de Previsión) y Montoro reunían las condiciones. Ya solo quedaba conseguir que por Izquierda Unida no viniera un fanático de Julio Anguita, y Pedro Antonio Ríos e Hinojosa Peralta. Almunia, Zambrana y C. Méndez representaron al Grupo Socialista.

Adolfo Jiménez sabía que su puesto, de naturaleza política, no iba ser bien aceptado por los diputados, que incluso prefirieron trabajar sobre un texto más reducido preparado por el letrado de la Comisión que sobre el serio y profundo diagnóstico elaborado por los técnicos de la Seguridad Social, y así fueron José Antonio Panizo y Fidel Ferreras quienes asesoraron a los congresistas.

También se sabía que el acuerdo iba levantar ronchas en un PP que ya se veía en 1995 como vencedor de las próximas elecciones, y que no encontraba demasiadas ventajas en limitar su capacidad de maniobra.

Se ofreció al PP dos asuntos a los que en aquel momento este partido sí era sensible:

- Sacar fuera de las pensiones del debate electoral; el colectivo de pensionistas era muy temeroso de las reformas que se anunciaban de la mano del Partido Popular, y todavía más de las propuestas de los pretendidos técnicos que auspiciaban el cambio de modelo.
- La corresponsabilidad en las reformas por hacer; la oposición al proyecto de ley de 1997, que sigue fielmente las recomendaciones del *Pacto de Toledo*, fue estrictamente nominal y de mínimos.

Izquierda Unida recibió satisfacción a algunas de sus demandas sobre mejora de prestaciones; CiU entonces no había entrado en el vendaval soberanista y renunció

sin demasiados problemas a la gestión de la Seguridad Social por parte de las Comunidades Autónomas.

El sistema ganó en transparencia, constitución de reservas (de ahí arranca el Fondo de Reserva, que ahora está siendo usado para el pago de las pensiones), mejora en la recaudación y en el control de la incapacidad, temporal y permanente, y esto permitía que las peticiones de unos y otros (mejora de prestaciones, reducción de cotizaciones) fueran más atendibles que con una Seguridad Social más defectuosa en funcionamiento.

El papel de Adolfo Jiménez fue determinante, aunque él nunca reclamara su cuarto a espadas en aquella tarea, como solemos hacer los que hemos sido parlamentarios. Todos los participantes en las reuniones destacan su competencia y buen hacer, e incluso entre sus adversarios no tuvo problemas a la hora de asumir, en representación de España, un papel tan importante como la Presidencia de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Delegó en sus colaboradores, en los diputados del Grupo Socialista y buscó complicidades allí dónde pudo. Y fue Secretario General de la Seguridad Social con varios ministros, lo que —puedo dar fe— es señal inequívoca de que tus jefes te valoran más de lo que les fastidias.

3. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN AMÉRICA

Como no abundan los profetas en su propia tierra, el aparente anonimato en el que desenvolvía sus trabajos Adolfo Jiménez fue compensado con creces por el reconocimiento internacional, no solo con la Presidencia de la OISS, sino con su labor como asesor en la mayor parte de las reformas que han tenido lugar en esa área geográfica.

Hay que señalar que los países que forman parte de la OISS tienen sistema de Seguridad Social muy incipiente, de reparto o de capitalización, que cumple sus funciones para el conjunto de la población o para un segmento más reducido de la misma.

Los partidos políticos que gobiernan estas instituciones son variados, y tienen criterios muy diferentes sobre el futuro de las mismas, su reforma y su presente. Afrontan problemas de recaudación de cuotas, de legitimación en el otorgamiento de las prestaciones, de funcionamiento, desigualdad social, de la existencia de capas privilegiadas y de otras excluidas del funcionamiento de los sistemas.

Con frecuencia, las reformas se pretende que tengan una duración temporal considerable, y que vadeen las alternancias políticas que como trombas de agua arrastran la legislación precedente.

Y en estas circunstancias, el papel de la OISS en general y de Adolfo Jiménez en particular ha sido con frecuencia decisivo. El rol que ha ofrecido España ha ido más allá que un simple *benchmark*. Ha supuesto un ejemplo a seguir, una buena práctica a imitar, y un proceso en el que el consenso social aparece como un procedimiento y un resultado a la vez.

En situaciones de gran fragmentación de las fuerzas políticas, como en Perú, la experiencia del *Pacto de Toledo* parece como una hoja de ruta significativa. Cuando no existe fragmentación, pero sí gran enfrentamiento, como en Chile a la hora de poner en marcha una parte no contributiva del sistema que compensara las inequidades generadas por la capitalización, estos acuerdos son fundamentales, porque evitan los cambios de legislatura. Cuando como en Colombia es necesario desarrollar el sistema para dotarlo de una mayor eficacia social, o en Brasil es necesario limitar los privilegios de grupos de alto nivel de renta, los ejemplos españoles y el papel de los acuerdos políticos están a la orden del día.

Estos acuerdos políticos han permitido asimismo la puesta en marcha de procesos unificados de gestión en entidades como el MERCOSUR cuyos tres países están gobernados por fuerzas políticas aparentemente similares, pero en la práctica con culturas, estilos de vida y pensamientos muy diferentes.

Y dejo para culminar este apartado lo que sin duda es el gran logro de la gestión de Adolfo Jiménez, al frente de la OISS, que el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social.

Como el Convenio va a ser objeto de reflexión en otros capítulos, simplemente debemos señalar que la consecución del mayor acuerdo de protección social concreta no respaldado por una unidad política que hoy existe en el mundo, solo comparable en otro nivel más abstracto con los convenios de la OIT, cuando a este acuerdo han llegado más de veinte países con ideologías diferentes en sus grupos de gobierno, con intereses dispares, países de emigración, de inmigración y tránsito, de recepción o de salida permanente y ocasional, etc, solo es fruto de la tenacidad de Adolfo Jiménez y de quienes hemos ocasionalmente jugado el papel de colaboradores.

Adolfo tuvo siempre claro que el papel de España en la América Latina pasaba por reforzar lazos afectivos y simbólicos, un privilegio que hiciera que Portugal y España jugaran el rol de puente entre la Unión Europea y Latinoamérica. Nosotros vamos a invertir, a colaborar en infraestructuras, a ayudar a las poblaciones excluidas, pero no somos el gran vecino del Norte.

Nuestra concepción de área monetaria óptima se construye con un continuo económico, pero también social, y con la unidad idiomática que hace de la Península Ibérica el gran vecino del Este.

Esto permitió la firma del convenio, y después su ratificación, y si se hubiera existido un mínimo de inteligencia, hubiera sido la base sobre la que cimentar el futuro inmediato de la OISS. No ha sido así, y los resultados están a la vista. Solo cabe desear que Adolfo Jiménez siga tutelando con su buen criterio la resolución de problemas políticos que sin él serán más difíciles de resolver.

4. CONCLUSIONES Y UNA BREVE EXPERIENCIA PERSONAL

Desde las diferentes posiciones políticas, un país se forja con servidores del Estado, personas dedicadas al servicio público. En España también hay un grupo de estos servidores, con un papel más anónimo que el de los Presidentes del Gobierno o los Ministros, pero que hacen de este servicio la tarea de toda una vida y no de unos años.

Yo siempre he visto a Adolfo Jiménez como uno de estos servidores. Cuando fui llamado a ocupar mi responsabilidad, heredera de la suya, siempre puse a dos personas en la primera línea de los que me habían enseñado a aprender lo que sabía, y eran mi padre y él. Después había otra gente (Luis Martínez Noval, Miguel Ángel Díaz Peña...), pero Adolfo fue mi primera invitación cuando supe que iba ser nombrado, y no me arrepiento. Le estoy profundamente agradecido.

Nunca me dio un mal consejo, ni se equivocó en una recomendación, incluso cuando la persona referida le tenía menos cariño que el que esto firma. Intenté recabar su colaboración a través de su presencia en alguno de los grupos que evaluaban las publicaciones del Fondo de Investigaciones en materia de Protección Social de la Seguridad Social (FIPROSS) y siempre colaboró generosa y desprendidamente con nosotros. Cuando se produjo el cambio político, pocas personas hay que me trataran con más afecto.

Por esto he querido dejar constancia no solo de fríos hecho o de sesudas divagaciones, sino también de un afecto, que él sabe sincero, pero que por mi parte también es profundo.

5. NOTA FINAL

Algunos de los contenidos de este capítulo están extraídos de las dos publicaciones que realizó la Secretaría de Estado de la Seguridad Social con motivo del Centenario del Instituto Nacional de Previsión, y del Décimo Aniversario del Pacto de Toledo.

Capítulo VI

LA CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1985-1995)

Ana Vicente Merino

Catedrática de Economía Financiera
Universidad Complutense de Madrid
Actuario de la Seguridad Social

No tengo más remedio que empezar este artículo con unas menciones personales, dada la relación que teníamos con Adolfo, desde la Dirección de Planificación Económica de la Seguridad Social, con un ambiente de trabajo, acorde para el buen rendimiento, tan necesario en aquellos tiempos. En este artículo solo se pretende evidenciar una breve referencia a aquellas leyes que considero fueron vitales para el desenvolvimiento y viabilidad del sistema de Seguridad Social en España y en las que Adolfo fue uno de los principales valedores y que como se puede comprobar son temas y aspectos que actualmente se están discutiendo, por lo que se puede considerar que los trabajos de esa época fueron pioneros y hoy se vuelve a hacer ya de forma reiterativa estos mismos planteamientos.

1. INTRODUCCIÓN

Desde principios de los años ochenta se viene realizando un debate sobre los sistemas públicos de pensiones ya que, ante los cambios sociales y económicos, se muestra la necesidad de introducir modificaciones que permitan hacer frente a estos fenómenos y siempre con el objetivo de conseguir su viabilidad.

El origen de estos debates se basa en diferentes argumentos. El principal es el problema del paro y el efecto demográfico, la mayor esperanza de vida unido a la

menor tasa de natalidad y fecundidad hace que, además de altas tasas de paro, sea cada vez menor el número de las personas que cotizan y mayor el número de los que perciben una prestación de la Seguridad Social y sobre todo de las pensiones. Por los años ochenta estuvo muy de moda si los sistemas de Seguridad Social debían articularse por el sistema financiero de reparto y capitalización y de ahí las reformas que se proponían que, si bien en los sistemas latinoamericanos se establecieron periodos transitorios para pasar del reparto a algún grado de capitalización, esta cuestión no fue posible en los sistemas europeos, dado que eran sistemas bastante más consolidados.

En este sentido se cuestionaba el sistema en cuanto las transferencia intergeneracionales, en que medida influyen en la estabilidad económica, y si la acumulación de un determinado grado de capitalización o la penalización del factor trabajo a partir de las cotizaciones, puede incidir en mayor o menor medida en las situaciones económicas de entonces.

En España, el hecho de hablar de las reformas de los sistemas de pensiones continuamente, no es novedoso, desde que el año 1919 se crea el Seguro de Vejez e Invalidez (financiado por capitalización) a la ley de la Seguridad Social de 1966 (se pasa a la financiación por reparto), en ambos casos con modificaciones a su vez en el diseño de las pensiones con leyes y pactos posteriores, nos refleja que son fenómenos que continuamente han de ser adaptados a las circunstancias cambiantes tanto económicas como sociales.

En este contexto se presenta las políticas de pensiones de la década 1985-1995 en la que Adolfo Jiménez tuvo un papel relevante. Una serie de documentos se presentan para justificar estas reformas que tuvieron una resonancia social importante y de los que él y su equipo fueron los artífices: Análisis Económico Financiero del Sistema de Seguridad Social 1964-1985. Proyección económico-actuarial de los Gastos e Ingresos de la Seguridad Social 1985-1993, Documento Base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del acuerdo Económico y Social (A.E.S.), rematando este decenio con el libro titulado “La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI” que como dice su presentación “una de las principales funciones de quienes ostentan responsabilidades de los poderes públicos es ofrecer a la sociedad los elementos de juicio necesarios para que se adopten soberanamente las decisiones que al respecto concierne”. EL documento pone los cimientos para las reformas a partir de 1995 y que con el Pacto de Toledo, abril de 1995, culminan en la actual ley de sostenibilidad del sistema.

2. ENTORNO INTERNACIONAL DE LAS REFORMAS DE LOS SISTEMAS DE PENSIONES

Continuamente, y sobre todo en los años de la década de los ochenta y noventa, se ha hablado de los sistemas de pensiones, si han de hacerse reformas y cuando, para evitar la problemática que podría plantearse. Por esos años organismos internacionales y sobre todo el Banco Mundial dieron la alarma y se emprendieron reformas de distinto carácter, tanto en la UE como en América Latina. En el fondo de todo ello se encuentran las tendencias demográficas y económicas, ya que su evolución condiciona la trayectoria de los sistemas de pensiones públicos.

Aspectos como la tasa de reproducción, actividad, empleo y paro, productividad, edad de jubilación y otros, han conformado tanto la situación actual como de futuro, de tal forma que es constante la discusión sobre la conveniencia de contemplar otras formas de financiación. Los gastos de transición que se originarían en algunos casos harían inviable el procedimiento, por lo que en muchos sistemas se ha optado por realizar reformas que impliquen ajustes, sin abandonar el modelo, todo ello conducente a conseguir una mejora en la viabilidad de los sistemas de pensiones.

Tras décadas de estabilidad global, la mayoría de los países se encuentran en procesos de ejecución o contemplando importantes reformas. No existe rama o aspecto de los Sistemas de Seguridad Social que puedan considerarse inmunes al generalizado proceso de transformaciones o reformas.

Uno de los más importantes temas de debate de política social a finales del siglo XX y principios del siglo XXI es la problemática de los sistemas de Seguridad Social y dentro de ésta la reforma de las pensiones (aunque también se lleva a cabo en el campo de la salud o de otras áreas). Recordemos que en los EEUU una comisión presidencial publicó un informe sobre las reformas de la Seguridad Social dividiendo sus votos en tres posiciones diferentes. En Europa, Francia, Alemania y España se están cuestionando los programas de pensiones. Japón tiene una enorme deuda de pensiones y en los países de la OCDE se dice que los pasivos no financiados de pensiones totalizan 30 billones de US\$ (esto se decía en la década de los noventa).

En este terreno América Latina tiene una experiencia acumulada en los últimos 25 años ya que muchos países han introducido reformas estructurales de diverso tipo, en los sistemas de pensiones. América Latina copió modelos de Seguridad Social de los países desarrollados, ahora esos países pueden aprender de la variada experiencia pionera de la región en esta área, sus logros, errores y problemas no resueltos.

Hong Kong, Hungría, Polonia Suecia Letonia, entre otros países, han considerando nuevos modelos de reformas de los sistemas pensiones que en unos casos siguen los modelos latinoamericanos y en otros avanzan hacia nuevas fórmulas como las recientemente denominadas de “cuentas nocionales de aportación definido” de Suecia, y parte de la Comisión de los EEUU citada anteriormente, estuvo a favor de algunos elementos tomados de estos modelos. En este entorno también hay posiciones tomadas en dicho debate por las principales organizaciones internacionales.

Sobre todo en estas décadas se ha desarrollado un importante debate internacional sobre la naturaleza de la reforma de las pensiones. Hasta los años 90 la controversia estuvo centrada en los expertos y administradores de los programas de pensiones de Seguridad Social. Desde principios de los años 90, sin embargo, varias organizaciones internacionales tomaron un papel importante en el debate, con posiciones distintas. La OIT y la AISS por un lado y el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional por otro lado. Las instituciones regionales tales como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) también han hecho algunos estudios en este campo pero sin tomar posiciones claras en el debate. La OCDE también ha emitido informes a este respecto.

Las reformas se basaron principalmente en la concepción económica y financiera del papel de los sistemas de protección social y se inspiraron en tres argumentos: el excesivo nivel de gastos obligatorios con controles deficientes, las tasas demográficas desfavorables y el impacto percibido como negativo de los sistemas vigentes, en el crecimiento económico. Las reformas basadas en estas premisas se centraban fundamentalmente en las condiciones para la adquisición del derecho a percibir prestaciones, así como los niveles del ingreso de sustitución o de reembolso de gastos unido al método de financiación, reparto o capitalización, en los que estos conceptos tiene gran incidencia.

Ante los cambios económicos, sociales o demográficos ocurridos en esos años, el debate se centra en el tipo de reforma: no estructural versus estructural ya que si bien había un consenso sobre la necesidad de ellas no así sobre el tipo de reforma a ser implantada. Tampoco había acuerdo sobre los diagnósticos de los sistemas públicos, aunque aquí la brecha se ha reducido.

Se hablaba de los defectos de los sistemas públicos tales como la centralización excesiva, la carencia de coordinación con las políticas macroeconómicas, el deficiente nivel de las pensiones como rentas sustitutivas, los altos costes administrativos, el control deficiente de los cumplimientos de requisitos (de ahí la evasión y mora) así como los desequilibrios financieros y actuariales.

A la vista de acuerdos en los diagnósticos, por lo que las reformas serían diferentes, las organizaciones internacionales y los diferentes países se decantaron por soluciones diferentes. La OIT-OISS están a favor de una reforma no estructural, es decir, “perfeccionar “el sistema público para corregir sus reconocidos defectos: hacer más estrictas las condiciones de acceso (por ej elevando la edad de retiro, aumentando los años de contribución para tener derecho a la pensión etc) eliminando los regímenes de privilegio y las prestaciones demasiado generosas, reduciendo los gastos administrativos, reforzando el control de la evasión y mora, restableciendo los equilibrios financieros y actuariales, mejorando la eficiencia y pagando pensiones adecuadas. La OIT ha aceptado también un rol del sector privado pero centrándolo en programas complementarios de pensiones.

Desde el lado contrario el Banco Mundial y el FMI consideran estos cambios positivos pero insuficientes para resolver los problemas económico-financieros fundamentales en el largo plazo, proponiendo reformas estructurales radicales incluso para sustituir los sistemas públicos (en la mayoría de los casos de reparto) por otros de capitalización individual y definida y administrados de forma privada

En España el sistema de pensiones desde los años ochenta ha estado en continuo debate (véase la pionera Ley 26/85) y es a partir de 1995 con ocasión del Pacto de Toledo cuando se define el modelo a seguir incardinándolo dentro de los definidos como aplicación de medidas estructurales. La trayectoria de la protección social en España ha terminado concretándose en un sistema configurado en distintos niveles, cuyos rasgos característicos son la existencia de un sistema de Seguridad Social, no contributivo y contributivo, que protege hoy, a la práctica totalidad de los ciudadanos a través de prestaciones económicas, sanitarias, de desempleo, servicios sociales etc y uno complementario. Este último nivel que tiene carácter complementario es libre y de gestión privada y tiene como objetivo fundamental otorgar prestaciones que en forma de rentas o capitales puedan cubrir las necesidades como consecuencia de la jubilación, invalidez, supervivencia, o de prestación de servicios sociales o sanitarios, a partir de los diseñados en el sistema público de Seguridad Social.

La configuración actual de los sistemas de pensiones (en unos casos referidos a España y en otros a la UE), se basa entre otros en la tasa de sustitución de las pensiones públicas como sustitutivas de las rentas de trabajo, para luego tomar como punto de partida las recomendaciones de la Cumbre de Laeken donde se firmó por parte de los miembros de la UE un documento donde se fijaban los objetivos a cumplir para la sostenibilidad de los sistemas de pensiones y las últimas reformas propuestas por el Gobierno en el acuerdo sobre desarrollo de medidas del informe de renovación del Pacto de Toledo.

3. LA LEY 26/85, DE 31 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA RACIONALIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En el caso de España desde principios de la década de los ochenta surge la necesidad de poner en orden las instituciones de previsión social, a partir de la conveniencia de continuar los programas de racionalización técnica emprendidos en esos años tanto en la gestión como en el aspecto financiero.

También el desarrollo de la Constitución, a la vista de los efectos sociales derivados de la crisis económica hace que la demanda de protección sea una exigencia de la sociedad. Los defectos del sistema se evidenciaron como una extensión subjetiva insuficiente ante situaciones de crisis económica, un confuso contenido de la protección donde no estaba claramente definido el contenido asistencial y de aseguramiento, un régimen jurídico contradictorio en las pensiones, que suponían unas cuantías elevadas en relación con los salarios a los que sustituían, revalorizaciones arbitrarias y financiación desequilibrada y con una gestión escasamente participativa.

Esta situación explicaba la necesidad de la reforma para asegurar las prestaciones sobre todo de servicios sociales y sanitarios a todos los ciudadanos, según el mandato de la Constitución. El sistema de pensiones generaba desequilibrios permanentes, y junto con una eficacia gestora con simplificación de los procesos administrativos, control de ingresos y gastos con una coordinación interadministrativa era necesario.

El desequilibrio financiero era evidente, con la expansión del gasto sobre todo de pensiones que de suponer un 4,29 por 100 del PIB en 1977 pasa a significar el 7,25 por 100 en 1984. Este aumento del gasto estaba motivado por un marco legal que facilitaba el acceso a la condición de pensionista de personas con mínimos periodos carenciales o con bases de cotización artificialmente elevadas en los años inmediatamente anteriores al cobro de las pensiones que rompían la proporcionalidad que debería existir entre lo que se percibe por pensión y la contribución que se hacía.

Desde el punto de vista de los recursos la contención del déficit público junto con la rigidez de las cotizaciones, pone de manifiesto la imposibilidad de conseguir los medios financieros suficientes para la cobertura de los gastos, que crecían a unas tasas superiores a la de PIB, y que si bien las aportaciones de Estado tuvieron un incremento notable en los primeros años de la década de los ochenta no era posible los aumentos a esos ritmos..

La proyección de los ingresos y los gastos en el decenio 1985-1995 según se especificaba en el estudio "Proyección Económico-Actuarial de los gastos e ingresos

“evidenciaba, no solo la misma tendencia sino que la situación de déficit se agravaría. Se observaba como en 1986 la aportación del Estado para cubrir insuficiencias financieras se situaría en el 25,43 por ciento, siendo la cobertura financiera por cotizaciones y recursos propios, sólo del 74,57 por 100, hasta situarse en el 63,85 por ciento y 57,54 por ciento en 1990 y 1993 respectivamente.

Esta tendencia de la estructura financiera difería de la media de los países del entorno en los que el peso de la cotizaciones como fuente financiera de la Seguridad Social era mayor, con la incidencia que supone en los costes laborales y en el efecto redistributivo.

Las deficiencias del sistema, que se traducían en la incoherencia e insuficiencia cualitativa y cuantitativa de las prestaciones así como determinados defectos asistenciales, hace que la reforma fuera urgente ya que cuanto se dan soluciones las reformas son más coherentes, afectando en menor medida a la percepción de las prestaciones.

La reforma se materializó en la Ley 26/85 de 31 de julio sobre racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social (BOE 1-VIII-1985) por la que el Gobierno quiso afrontar los principales factores de desequilibrio que desde hacía tiempo, estaban poniendo en peligro el futuro de la Seguridad Social, a fin de consolidar sobre bases estables, el Sistema Público de Seguridad Social. El sólo anuncio de estas reformas dio lugar a la primera huelga general en el país.

Esta ley introduce modificaciones importantes, especialmente en materia de pensiones de vejez e invalidez, y protección a la familia, reforzando el carácter proporcional de estas pensiones respecto al tiempo cotizado y el salario al que sustituyen, permitiendo una mejor lucha contra el fraude, mejorando la eficacia protectora y racionalizando la estructura de sistema de seguridad Social.

Dicha ley puede considerarse el inicio de la marcha a un modelo de protección social de carácter universal donde se comience a definir la protección de las pensiones asistenciales y su carácter de pensión supletoria para quienes no han podido reunir los periodos mínimos de cotización para tener derecho a una prestación.

También se introducen medidas racionalizadoras al afectar esta ley a todos los regímenes y además, se integran determinados regímenes, simplificando la gestión del sistema y garantizando un marco protector más igualitario tanto en prestaciones como en financiación, proceso que puede considerarse el embrión de futuras reformas, con base en el Pacto de Toledo de 1995. Es una ley básica y pionera en las futuras reformas, en ella por primera vez se introducen conceptos que han sido desarrollados posteriormente en las leyes básicas de 2007 y 2013. Sólo contiene 5

artículos y varias disposiciones adicionales, transitorias y finales. Las mejoras específicas de las diversas manifestaciones prestacionales son las siguientes:

- Art 1. Supresión del requisito de estar en alta o asimilada en alta para tener derecho a la pensión
- Art 2. Modificación del periodo mínimo de cotización para causar derecho a la pensión.
- Art 3. Modificación del cálculo de la base reguladora de la pensión (se pasa de considerar las bases reguladoras de las pensiones de dos a ocho años, actualizando seis de ellas).
- Art 4. Garantía de revalorización de las pensiones según el IPC. (hasta entonces la ley especificaba que la revalorización se realizaría según determinados índices y las posibilidades financieras del sistema).
- Art 5. Reordenación de las prestaciones familiares persistiendo exclusivamente la asignación por hijo a cargo.
- Art 6. Por primera vez se homogeneiza la protección de todos los Regímenes y la integración de algunos de ellos.

Ya en los años anteriores a 1985 se iban introduciendo importantes medidas tendentes a paliar los déficits que iban apareciendo tanto de mejora de la gestión como de racionalización de prestaciones, pero es con esta ley donde se sientan los cimientos del modelo de Seguridad Social que se evidencia y formaliza en el Pacto de Toledo de 1996 y su desarrollo en las posteriores leyes que han modificado determinados aspectos del Sistema de Seguridad Social. A juicio del Gobierno de entonces el modelo atiende las diversas tendencias de la Seguridad Social del futuro y según se especifica por el Consejo de Europa y la O.I.T. como se dice en el documento presentado a la Comisión Tripartita:

- Tiende a la definitiva generalización de la protección respecto del conjunto de la protección residente.
- Afirma la integración solidaria del conjunto de regímenes y técnicas protectoras existentes, y su ordenada aplicación sucesiva o simultánea respecto de un mismo sujeto y una misma situación de necesidad.
- Asegura la progresiva armonización de la acción protectora del sistema evitando discriminaciones y diferencias carentes de base objetiva.
- Pretende una mayor pureza técnica aseguradora para el nivel de protección contributivo.

- Extiende y cualifica la protección social de los marginados no activos, y
- Garantiza una mayor libertad y extensión de las formas protectoras complementarias libres y su más correcta interdependencia con las públicas obligatorias.

4. LA LEY 26/1990, DE 20 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECEN EN LA SEGURIDAD SOCIAL PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

Con esta ley se completan las reformas básicas iniciadas en 1985 en cuyo preámbulo ya se decía que el siguiente paso habría de ser “una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones en favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia”. Con esta ley se pone en marcha el principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.

Al centrarse en situaciones de necesidad se hace referencia a las que no son suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales hasta ese momento existentes, y fueron satisfechos de forma más segura jurídicamente y con mayor grado de suficiencia protectora con las nuevas modalidades no contributivas de pensiones de invalidez y jubilación que se establecían con esta Ley. Estas prestaciones se configuraron como derechos subjetivos en favor de los beneficiarios, quienes, en cuanto pensionistas de la seguridad Social, recibirían no sólo una renta económica, sino también la asistencia medico-farmacéutica y los servicios sociales, obteniendo de ésta forma una cobertura integral ante un estado de necesidad.

Las prestaciones no contributivas implantadas por esta Ley se financiarían mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social, en correspondencia con la naturaleza de la protección y como expresión de la solidaridad general con las personas con menores recursos, y la cuantía de ambas pensiones es uniforme y se fija también en las correspondientes leyes de Presupuestos del Estado. Los únicos requisitos exigidos para el derecho a este tipo de pensiones son con carácter general, la residencia en territorio nacional y la insuficiencia de recursos, y con carácter específico, la edad de sesenta y cinco años para la pensión de jubilación y la edad de dieciocho años y el grado de minusvalía establecido para la de invalidez.

El requisito de inexistencia de rentas en función de la unidad familiar exigido, se basaba en la modulación de las denominadas economías de escala, que se determinó

adaptando parámetros recomendados por diversos organismos internacionales como la Comisión Europea y la OCDE.

Laboriosas fueron las negociaciones con los distintos compartimentos ministeriales del Estado para sacar adelante esta ley ya que su repercusión económica era un enigma en una época en que una encuesta sobre el número de pobres de este país se cifraba en 8 millones de personas. Pero analizando los censos de población española y de la Seguridad Social, el número de posibles afectados, en la memoria económica de la ley se cifró en 400.000. Una vez promulgada la Ley había que eliminar determinados colectivos que si bien con anterioridad a ella estaban afectados, con posterioridad no fue así, por ejemplos determinados colectivos de pensionistas SOVI. A fecha de hoy, agosto de 2013, el número de pensiones no contributivas es de 396.966.

5. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI

Este documento que sirvió de base para las reformas posteriores y que a partir del Pacto de Toledo se han configurado, como se dice en su preámbulo, porque los sistemas de pensiones, precisan conocer en todo momento, cómo van a evolucionar las variables que condicionan el desarrollo de los Sistemas en el futuro y en función de las mismas prever los gastos e ingresos, para que puedan irse adoptando, con antelación suficiente, las medidas oportunas para asegurar su mantenimiento y perfeccionamiento en aras a su viabilidad.

Igual que en el año 1984 se elaboró una proyección económico-actuarial de la Seguridad Social para el horizonte 1984-1993 (previamente se había hecho un análisis económico-financiero de la Seguridad Social 1964-1985) que sirvió de base para esa reforma de 1985, a la vista de la situación en esos momentos se elabora este documento titulado “La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI” que permitió abordar desde la perspectiva de la estabilización una nueva proyección económico-actuarial que analizaba la evolución de las variables del Sistema de Seguridad Social relativas a la pensiones.

No se pretende aquí entrar en un análisis exhaustivo del sistema de pensiones en esa década, sino de recordar que, conceptos que ahora se están presentando como novedosos ya se evidenciaban en esa época donde se presenta una proyección económico-actuarial del gasto de pensiones contributivas hasta el año 2030. Y ello es debido a que el mayor nivel de gasto total requiere dedicar mayores parcelas de P.I.B. según se manifiesta al pasar la participación de los gastos contributivos de SS

del 11,4% del P.I.B. en 1980 al 15,87% en 1995, teniendo en cuenta que en este periodo se han alternado fases de crisis y bonanza económica.

En este documento se estudian temas que hoy están de completa actualidad como el análisis demográfico (envejecimiento, mayor esperanza de vida, tasas de dependencia económica, tasas de natalidad, relación activos/pasivos) y análisis económico (tasas de empleo, productividad etc). A través de métodos actuariales, contrastados con métodos econométricos se presenta la evolución de ingresos y gasto de pensiones del sistema de Seguridad Social para el periodo 1995-2030 con diversas hipótesis de crecimiento del P.I.B. y de las variables económicas que se configuran a partir de ellas. La evolución del gastos de pensiones en el periodo considerado pasa del 9,06% (1995) a 11,18% (2030) del PIB cuando éste varía un 2% anual y del 9,06% al 9,52% cuando varía el 2,5%.tambien en 2030.

Es por ello que se procede a un análisis de sensibilidad para ver el efecto de la variación de determinadas variables y es curioso porque una de las que más atención se fija es la revalorización de las pensiones, que si bien por ley estaba fijado el parámetro de referencia el IPC, la determinación de éste ponía de relieve la sensibilidad del gasto frente a determinadas medidas y, en definitiva, la flexibilidad del modelo de Seguridad Social, basado en el reparto para su adaptación a las circunstancias económicas y sociales.

Como se ha dicho este periodo culmina con unas propuestas y del documento resalta un párrafo, que por no haber perdido actualidad se transcribe:

“En definitiva se podría concluir que una actuación, en cierta forma paralela a la llevada a cabo en los últimos quince años, combinando determinadas reformas que acentúen la contribución y la proporcionalidad del sistema, y avanzando definitivamente en la separación de la cobertura financiera de las prestaciones según la naturaleza de las mismas, podría lograr que el sistema contributivo de la seguridad Social consolidase una situación de equilibrio en el futuro”

Esto se escribía en 1995, y una vez aplicadas las recomendaciones del Pacto de Toledo, entre ellas la separación de fuentes financieras (de gran transcendencia que incluso ha permitido dotar el Fondo de Reserva de la Seguridad Social), el sistema se está reconduciendo con las ideas que ya por entonces se pretendía aplicar.

Las posteriores normas Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materias de Seguridad Social, o la ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social y posteriormente el Real Decreto-ley 5/2013 de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento

activo, tienen como objetivo llevar al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social las medidas necesarias que conforman una reforma del sistema de pensiones que permita asegurar la viabilidad del sistema en el largo plazo.

BIBLIOGRAFIA

- *Análisis Económico Financiero del Sistema de Seguridad Social 1964-1985*. Colección “Informes” M.º de Trabajo y Seguridad Social 1985.
- *Proyección económico-actuarial de los Gastos e Ingresos de la Seguridad Social 1985-1993*, Colección “Informes” M.º de Trabajo y Seguridad Social 1985
- *Documento Base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del acuerdo Económico y Social (A.E.S.)*, Colección “Informes” M.º de Trabajo y Seguridad Social 1985
- *La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*. Colección “Seguridad Social” M.º de Trabajo y Seguridad Social 1996.
- *El sistema de pensiones como indicador de la calidad de vida de la población pasiva. El futuro del sistema de pensiones: Reformas*. Ana Vicente Merino Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras Depósito legal: BI-66-07.
- *Nuevas fronteras de la política económica*, 2000. Centro de Recerca de economía internacional mayo de 2010

Capítulo VII

LA REFORMA DE LA GESTIÓN DEL INSS: EL RETO DE CREAR UNA NUEVA CULTURA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Constantino Méndez Martínez

Abogado

1. INTRODUCCIÓN

Todas las organizaciones por muy exitosas que parezcan están obligadas a llevar a cabo procesos sistemáticos de adaptación y reorientación de sus actividades, que terminan por ser tan intensos como intensas sean las exigencias que sus contextos requieren y tan profundos como profundas sean las nuevas demandas que deban atender. A veces es el propio vértice de responsabilidad de la organización el que percibe la necesidad de abordar esos procesos pero, desgraciadamente, suele constatar esa necesidad cuando los problemas son de tal magnitud que ya desbordan la capacidad de los miembros de esa organización.

Tales procesos suelen ser vividos de forma traumática en la medida en que la organización no siempre se siente urgida a llevarlos a cabo y no siempre tiene un diagnóstico certero sobre sus causas y sobre lo que debe de hacer. Es frecuente que en esa tesitura se recurra a los recursos externos tanto para elaborar el diagnóstico como para prescribir la estrategia y el plan de acción a seguir. También suele reclutarse a los expertos externos para implementar los nuevos programas y liderar los procesos. Sin embargo en el sector público existen limitaciones de toda naturaleza para seguir esas pautas de externalización por lo que los procesos de adaptación y reforma que se abordan siguen lógicas propias que es necesario tener en cuenta y, siempre que sea posible, aprovechar.

Siempre he creído que todo lo que las grandes organizaciones necesitan saber para abordar los procesos de transformación y adaptación que periódica y sistemá-

ticamente están obligadas a llevar a cabo ya lo conocen, aunque no sepan cómo poder llevarlo a cabo. O, como les decía a los directivos del INSS con los que tuve mi primera reunión para hacer el diagnóstico de la situación y perfilar el programa de reformas, es como si todo lo que tuviéramos que desarrollar estuviera ya escrito en un libro que alguien poco diligente archivó, sin respetar el orden debido, en el anaquel de una biblioteca y ahora, cuando es necesario encontrarlo, releerlo y usarlo, se ha extraviado. Por ello, la mayor virtud de quien desea liderar una organización acreditada no es tanto innovar a partir de los conocimientos que ese líder ya tiene, cuanto encontrar el libro que la propia organización ya escribió y ponerlo en práctica. El adanismo es una actitud poco respetuosa con el saber hacer que toda organización tiene y el mesianismo conduce al fracaso. La mejor lógica siempre será la que ofrezca el máximo de cooperación y asuma el máximo de las energías de que la organización ya dispone.

También creo que, en el ámbito de la gestión de las políticas públicas, la capacidad para llevar a cabo importantes reformas no viene dada por la existencia de una voluntad política explícita, que sin duda es condición necesaria, sino por la existencia de los contextos que lo permiten y lo favorecen, aquello que nuestros clásicos llamaban las condiciones objetivas. Ciertamente se precisan otras circunstancias y otras dinámicas, entre otras, la buena articulación de un equipo, un buen diagnóstico, el establecimiento de las prioridades, la existencia de un vértice de decisión que avale la iniciativa y la sostenga, la inclusión de nuevos valores y principios que transporten una cultura más poderosa y atractiva que aquella a la que pretende sustituir, o la voluntad de detectar y vencer las resistencias, por citar algunas de las más relevantes. Pero con todo, me quedaría con la intuición. No la intuición del iluminado, que suele conducir a la debacle, sino la intuición de los audaces, basada en la experiencia y en la capacidad de dudar sobre los axiomas adoptados por la propia organización y en la voluntad de innovar y asumir riesgos que en cada organización tienen aquellos a los que llamamos “agentes del cambio”, a los que hay que identificar y promover antes de que las inexorables resistencias se levanten.

La historia que me corresponde narrar tiene sus protagonistas en el conjunto de personas que se dieron cita a finales de la década de los ochenta en el entorno de la administración de la Seguridad Social y se dieron por convocados al proceso de reforma que debía ser llevado a cabo tanto para hacer viable y sostenible el sistema de protección como para gestionarlo con eficacia y eficiencia y ponerlo a disposición de los ciudadanos.

Me comprometí, con sumo agrado, a hacer este capítulo sobre la reforma de la gestión en el INSS como homenaje a mi buen amigo, Adolfo Jiménez, a quien como

el lector deducirá fácilmente, profeso gran afecto y devoción por su excelente personalidad, rigor, capacidad profesional y dedicación vocacional constante al análisis de los sistemas de protección social. A todo ello se suma mi agradecimiento por el apoyo decidido que me proporcionó en la difícil tesitura de gestionar la reforma del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que me habían encomendado y para cuya implementación era imprescindible tener el respaldo inequívoco de los máximos responsables del Ministerio para así hacer frente a las muchas dificultades y controversias con otras instancias en las que inexorablemente íbamos a incurrir. Compartimos en ese momento la visión acerca de lo que había que hacer y soy testigo privilegiado de que no le tembló el pulso pese a las tensiones que se fueron presentando. Su respeto por mi trabajo fue total y su receptividad a mis propuestas fue inequívoca.

Al empezar estas líneas también me siento obligado a recordar que fueron muchas las personas que confiaron en nosotros y contribuyeron con su apoyo a resolver los problemas que enfrentábamos. Así no puedo por menos de recordar a todos aquellos que hicieron las etapas previas en los distintos equipos que se formaron en los primeros años de la década de los 80 y, especialmente, a quienes me precedieron en su condición de Directores Generales del INSS en momentos bien difíciles y precarios y pusieron en marcha las dinámicas que nos permitieron, a los que llegamos después, activar los procesos con éxito. Ellos hicieron los esfuerzos previos que permitieron que nuestra tarea fuera más sencilla. Ya se sabe, el que al final consigue sacar el corcho atascado en el gollete de la botella no es el más fuerte sino el último en intentarlo. Adolfo compartirá conmigo que aproveche este artículo para agradecer el esfuerzo y dedicación de tantos y tantos empleados públicos que asumieron con nosotros esa tarea y que son los auténticos artífices de aquel profundo cambio. El lector entenderá que evite cometer el error de nombrar a los más notables, que los hubo como es obvio, pero no lo hago no sólo porque la lista sería larga sino porque, si bien pudiera creerse que fueron la dirección y el equipo directivo con sus entornos los responsables del cambio, éstos no fueron sino los encargados de catalizar el proceso y dirigirlo a buen puerto sacando el mejor provecho de todos los recursos humanos y todas las capacidades existentes en el seno de la organización. El éxito de aquella etapa, por lo que a la reforma de la gestión del sistema de pensiones se refiere, tuvo como protagonistas a los más de 12.000 funcionarios del INSS y a los millones de ciudadanos que con sus opiniones y recomendaciones en las encuestas de evaluación y satisfacción que les remitíamos nos ayudaron a orientar los cambios de modo que los servicios llegaran a ser lo que todos ellos deseaban y, finalmente, estuvieran a la altura del país que estábamos reconstruyendo colectivamente. También quiero agradecer el apoyo que recibimos de los agentes sociales en nuestro Consejo General y nuestros Consejos Provinciales.

Por lo que a este artículo se refiere haré una descripción tan sucinta y sintética como sea posible del proceso de reforma de la gestión ya que el interés que me guía es que el lector se sienta atraído por el tema y llegue hasta el final de su lectura, porque esta es una historia con final feliz. No haré una descripción al uso ya que algunos otros ya lo han hecho y, de forma muy concreta, alguna escuela de negocios que colaboró con nuestros equipos en aquel entonces. Lo haré sintéticamente acotando en primer lugar los contextos más significativos, esbozando las cuestiones más relevantes del diagnóstico de partida, perfilando los contenidos básicos del programa de trabajo que se elaboró, destacando los contenidos esenciales del proceso de implementación de las medidas de reforma y poniendo en valor los resultados que finalmente se obtuvieron. Por último recapitularé y haré algunas breves conclusiones y, dado que el tiempo y la distancia lo permite, algunos juicios de valor ya que, en honor a la verdad, han pasado desde entonces 25 años y pese a las mil cosas que aún quedan por hacer, nada nuevo en la mejora de la gestión acontece desde entonces y yo soy de los convencidos de que la mejora ha de ser continua.

2. LOS CONTEXTOS

En el año 1985 el Parlamento había aprobado la Ley de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social (Ley 26/1985). Con ella, entre otras decisiones, se intensificaba el peso de lo que suele denominarse la “carrera de aseguramiento” y la contribución real de cada cotizante y se modificaban diversos requisitos para el acceso a la pensión así como el sistema de cálculo de la base reguladora de la misma. No se trataba de un tema pacífico y de hecho propició la convocatoria de la primera huelga general en nuestra entonces aún reciente democracia.

Por lo que se refiere a las nuevas cargas de gestión que sobre el INSS recaían, la ley imponía nuevos requisitos para la obtención del derecho ordenando calcular la pensión sobre los últimos 8 años de cotización en lugar de los 2 últimos años necesarios hasta ese momento e introducía la revalorización anual, por citar las más relevantes a los efectos de este artículo. Estos cambios por sí solos suponían una carga desmedida de trabajo para el que la organización del INSS no estaba capacitada ya que ni los sistemas de información (bases de datos y ficheros de todo tipo) ni los sistemas de gestión (la mayoría de ellos sin informatizar) ni la estructura se habían diseñado para ese salto cualitativo y cuantitativo.

Por otra parte cabe recordar que el sistema de pensiones, y con él los entes gestores, venía degradándose desde comienzos de los años 70 y estaba presionado,

entre otros muchos factores, por la grave crisis industrial y la reestructuración del empleo abordada a lo largo de la década de los ochenta, la compleja integración de los regímenes especiales, la persistencia de un inequívoco fraude en la obtención de ciertas prestaciones, la reducción del número de cotizantes y la consiguiente dificultad para la financiación del sistema, la ingente deuda derivada de los impagos de las empresas en dificultad y la baja cuantía de las prestaciones, por citar los más significativos. Era por tanto esencial, como de hecho hacía la Ley 26/1985, reforzar el carácter contributivo de las prestaciones económicas incrementando el valor de la carrera de aseguramiento y evitando el fraude más habitual consistente en aumentar las cotizaciones en el período final de la vida laboral del trabajador así como garantizar la preservación del modelo y controlar su correcto funcionamiento. En ese contexto es fácil entender que el debate acerca del futuro de la Seguridad Social ocupara un primer lugar entre las preocupaciones de los ciudadanos. A todo ello se sumó la enorme dificultad de gestionar las reformas introducidas por la Ley antes citada lo cual se tradujo de forma inmediata en un incremento notable de las demoras que habitualmente aquejaban a la tramitación, reconocimiento y pago de las prestaciones.

Podríamos resumir la situación indicando que se vivía un riesgo de colapso en la gestión que impidiera la aplicación efectiva de las reformas introducidas en el sistema de protección social y, a su vez, pusiera en evidencia las debilidades por las que atravesaba el proceso de modernización de las administraciones públicas ya que el INSS no era una institución más en el océano del sector público sino una de sus mayores organizaciones públicas que, además, tenía especiales responsabilidades sobre una materia de la máxima sensibilidad política y social cual era la gestión de las pensiones y las restantes prestaciones económicas.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) dependía de la Secretaría General de la Seguridad Social y del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social aun cuando tenía personalidad jurídica y presupuesto propio. Había sido creado pocos años antes (por la Ley 16/1978), junto con otras nuevas entidades y servicios, por refundición de las antiguas organizaciones (el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales), organizaciones que habían estado disponiendo de un estatuto singular y de un conjunto de atribuciones de la máxima importancia en el viejo régimen e inevitablemente era el resultado de la frágil integración de aquellas viejas organizaciones cuyas culturas aún se mantenían y eran poco coherentes con los nuevos principios y valores dimanantes del nuevo orden constitucional y afloraban constantemente a través de sus formas de trabajo.

El mandato político que el Gobierno socialista recibe tras las elecciones de 1982 fue resumido como el de lograr “que España funcione”. Lo anterior exigía un conjunto

de reformas caracterizadas por la modernización global del país y, obviamente, de sus administraciones públicas. La reforma institucional venía a ser así una exigencia del proceso de modernización, democratización y descentralización que España tenía pendiente para poner en hora el reloj y contribuir al desarrollo de todas las potencialidades que la sociedad deseaba activar. Cabe recordar, sin embargo, que la agenda de los grandes asuntos del Estado durante los primeros años de Gobierno había estado centrada en las grandes cuestiones políticas dejando a un lado la imperiosa necesidad de modernizar los servicios públicos, tarea compleja donde las hubiera pero inaplazable. Necesidad de reforma tanto más necesaria cuanto que era tributaria directa de la pervivencia de un viejo orden franquista al que, aún a pesar de sus empleados, continuaba adherida en sus valores, principios y métodos de trabajo y de relación con los ciudadanos a los que todavía se llamaba administrados. Se trataba, a juicio de muchos autores y analistas, de auténticas patologías que tenían que ver más con la tardía modernización de la sociedad española y la debilidad de sus instituciones que con la capacidad profesional de los servidores públicos. De entre todas esas patologías hay que resaltar la permanencia del corporativismo y de una cultura burocrática ajena al resultado y a la eficacia, la confusión entre política y administración, la excesiva jerarquización y el reglamentismo exacerbado, la ausencia de responsabilidad por el funcionamiento de los servicios o la carencia de receptividad ante las demandas y quejas de los ciudadanos. No es extraño por tanto que los ciudadanos mantuvieran, pese al transcurso del tiempo, su vieja percepción acerca del funcionamiento de lo público basada en la desconfianza y la desafección.

En suma, teníamos delante una sociedad distanciada y desconfiada acerca del papel de los poderes públicos y de las administraciones y unas instituciones que concebían al ciudadano como un administrado y no como un sujeto de derechos que se ejercían frente a ella. Ahora bien, aunque lentamente, la democratización de los poderes públicos había estado cambiando de hecho las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos y, en consecuencia, éstos esperaban que la gestión pública mejorara y se llevara a cabo bajo los principios de objetividad, transparencia, celeridad y eficacia. Principios que, sin embargo, constataban a diario que no se cumplían en ámbitos públicos tan relevantes como el de la gestión de la Seguridad Social. En todo caso los ciudadanos consideraban que los servicios que recibían eran todavía inadecuados y que la gestión era manifiestamente mejorable. La reforma de la administración pública se convierte así en aquellos años en una prioridad y en un vector de la modernización del país. Esa reforma, como hemos expuesto, se incardinaba en el esfuerzo general de la modernización global del país, la democratización de las instituciones y la descentralización del Estado. En

ese contexto era preciso abordar la modernización de las entidades gestoras y los servicios comunes del Sistema de Seguridad Social.

La profundización de la reforma institucional del Sistema de la Seguridad Social en esos primeros años permitió subordinar a las entidades gestoras y a los servicios comunes de la Seguridad Social en un marco de responsabilidad política y jurídica bajo el control real del Ministerio de Trabajo aun manteniendo su gran autonomía. Esa dinámica proporcionó la capacidad de impulsar la ordenación jurídica, económica y presupuestaria de los mismos, crear instrumentos comunes (bases de datos, sistemas, etc) y armonizar y activar los procesos de reforma de cada ente de gestión pero no alcanzaba aun a los sistemas de gestión y los servicios.

En todo caso, la gestión en el INSS no era muy diferente a la de cualquier otro órgano administrativo de aquel entonces: una organización excesivamente jerarquizada, reglamentista, centralizada y con unas políticas de personal inadecuadas. Bien es cierto que era una institución emblemática. Por tanto no es extraño que el sistema de gestión de la Seguridad Social no dispusiera de las capacidades gerenciales que la nueva situación requería y, menos aún, tras la reforma del sistema de pensiones cuyos nuevos requerimientos de gestión desbordaban la capacidad del sistema tal y como se mantenía hasta esa fecha.

3. LA SITUACIÓN DE PARTIDA

A comienzos de 1987 se producen intensos relevos en la cúpula del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En el marco de esa dinámica se decide cambiar la Dirección General del INSS y en junio se produce mi nombramiento. Poco después dispongo ya del núcleo de mi equipo de trabajo y abordamos el análisis de las reformas que se tratan de plasmar en el Plan de Acción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el que ya se articulan una serie de líneas de acción y medidas orientadas a la reforma del modelo de gestión y de los servicios. Entre ellas se proponía establecer procedimientos ágiles, seguros y simplificados; facilitar el ordenamiento jurídico a través de la sistematización de las normas; impulsar la formación de los empleados públicos; modernizar la red de centros y articular un plan de información al ciudadano. Todas ellas con vocación de ser implementadas de forma inmediata y en línea con las que estábamos incorporando al programa de trabajo para la reforma del INSS,

Tal y como ya se apuntó, el INSS hacía frente a un fuerte descrédito entre los asegurados del sistema (los nuevos pensionistas por cuanto se tardaba demasiado

tiempo en reconocer sus pensiones y se les atendía mal, y los ya pensionistas en la medida en que sistemáticamente eran requeridos para hacer trámites de fe de vida o de revalorización que no sólo eran engorrosos sino que en algunas localidades eran insufribles por las largas colas que debían de hacerse en las oficinas del INSS, ante los Registros Civiles, los Ayuntamientos o en las entidades financieras), descrédito que estaba muy presente en los medios de comunicación que todos los días recogían cartas de queja con las situaciones más rocambolescas imaginables, en los informes del Defensor del Pueblo, en los Órganos de Participación Social del propio organismo o en las intervenciones políticas en el Parlamento. Como colofón de todo ello la litigiosidad se había disparado y los juzgados corrían el riesgo de verse contaminados por la misma presión y sufrir una grave sobrecarga. A finales del año 1987 había más de 70.000 demandas en las magistraturas de trabajo.

Si, entre otros efectos, la reforma pretendía abrir el tiempo de la “modernización” del sistema de seguridad social, el INSS no podía encontrarse en peor situación para enfrentar ese reto. Las demandas de la ley y de los poderes públicos sobre el INSS contrastaban con su escasa capacidad para implementar una reforma que desbordaba sus capacidades reales de gestión: ni estaba organizado para implementarlas ni disponía de los recursos adecuados para hacerlo. Los funcionarios, aunque trabajaban intensamente, se sentían muy presionados, injustamente valorados, inadecuadamente retribuidos y desorientados.

El mandato que en Junio de 1987 recibe la dirección del INSS es directo: gestionar las previsiones de la ley de reforma del sistema de pensiones, aplicar los nuevos parámetros de cálculo y convertir a la institución que debía de gestionar las pensiones en una organización eficaz, eficiente y de calidad. Adicionalmente y como consecuencia directa de lo anterior, que se dejara de hablar de la gestión de las pensiones en la prensa ya que una buena gestión nunca debería de ser noticia. Había que hacer viable la reciente reforma de la ley de pensiones y crear una administración moderna y a la altura de las nuevas circunstancias.

Para la nueva dirección el reto no era sólo superar la situación de colapso en que se encontraba la gestión del INSS sino hacerlo en un marco temporal muy breve ya que la reforma del sistema de pensiones ya estaba en curso. Además, había que hacerlo a través de medidas de choque que resolvieran los problemas inmediatos y dieran credibilidad a la voluntad así como a la capacidad de abordar una reforma de mayor calado que transformara al INSS haciendo de la entidad un ejemplo de la necesaria modernización que todo el sector público debía de experimentar. Como ya se ha apuntado, la gestión de los contenidos de la reforma de la Ley de Pensiones planteaba retos de muy difícil cumplimiento bajo el modelo de

funcionamiento preexistente y la calidad de la reforma de las pensiones iba a ser juzgada también por la calidad de los servicios que el INSS proporcionara. Como recordaría tiempo después en un informe sobre este caso Koldo Echevarría, *“El encargo no era fácil ya que la gestión de la seguridad social española reflejaba una situación más general: el deterioro de la Administración Pública, después de una transición política ejemplar, pero que había llenado de inconsistencias a las instituciones administrativas, pendientes de una reforma tantas veces anunciada como postergada”*.

En Octubre de 1987 el Director General presentó al Ministerio un documento denominado Informe de Situación del INSS y Programas de Trabajo. A través de sus 135 páginas se efectuaba una descripción exhaustiva de la realidad de la organización y se planteaba una estrategia integral de reformas. Tal y como se indicaba en su introducción, el informe debía de servir para la reflexión y el debate con las autoridades del Ministerio y permitir una rápida aproximación a las grandes áreas de trabajo y a las grandes cuestiones y problemas planteados. La presentación del informe seguía una sistemática sencilla identificando áreas o tareas que eran descritas en detalle y analizadas de forma crítica para permitir un mejor conocimiento de las posibles causas que hubieran conducido a la situación actual de forma que se facilitara la formulación coherente de las diversas propuestas de trabajo para la mejora. Una vez seleccionada la hipótesis de trabajo más consistente se desarrollaban los descriptores de las actividades que se debían de llevar a cabo, se periodificaban y se enunciaban los resultados que debían llegar a obtenerse. Todas las áreas y tareas se habían agrupado en tres grandes bloques a los efectos de una mejor sistemática aunque había importantes interrelaciones y muchas de las iniciativas eran transversales. Los bloques enunciados eran: a) La Organización, b) La Actividad de Gestión, y c) La Comunicación. Tiene interés reproducir aquí algunos de los contenidos de los enfoques para estos tres bloques en que se dividía el Informe de Situación.

Así, por lo que a la Organización se refiere, el informe comenzaba diciendo que *“En 1988 el INSS deberá de estar en condiciones de administrar las pensiones que más de 5.700.000 ciudadanos percibirán cada mes. Asimismo, ha de estar en condiciones de satisfacer las peticiones que aproximadamente 500.000 nuevos usuarios le presenten, debiendo reconocer o denegar el derecho a las nuevas prestaciones e insertar a los nuevos pensionistas en los circuitos previstos, pagando en los plazos y términos establecidos y controlando el mantenimiento de las condiciones que el ordenamiento jurídico exige. También deberá abordar acciones informativas de muy diversa naturaleza e intensidad de modo que el conjunto de los ciudadanos de nuestra sociedad tenga conocimiento de los contenidos de la política de protección social que*

en esta materia se desarrolla. Para ello dispondrá de una plantilla presupuestaria de 15.000 trabajadores y de una red de 403 centros administrativos. Con estos medios se administrará un presupuesto de 3,167 billones de pesetas... bajo los principios de eficacia, celeridad y seguridad jurídica."

El informe señalaba, a continuación, que era un objetivo esencial lograr que el INSS dispusiera de una organización adecuada y capaz. Pero al tiempo destacaba que tenía importantes deficiencias consecuencia de su propio e inmediato devenir que le hacía ser en el presente un simple agregado de instancias y ámbitos funcionales pero no una organización en sentido estricto. Entre sus problemas se acotaba la inexistencia de una política de personal adecuada y la presencia de una pirámide en la que los cuerpos superiores suponían el 14% del total (aunque sólo el 34% de ellos tenían el título universitario y más del 50% de ellos tenían más de 55 años y procedían de la cultura de las viejas organizaciones), el cuerpo de gestión sólo el 1%, el cuerpo administrativo el 30%, el auxiliar el 45% y el subalterno el 6%, poco coincidente con las nuevas actividades que debían de ser llevadas a cabo. El análisis incluía una fuerte crítica al sistema de jerarquización utilizado hasta la fecha así como a la gestión de la formación de los empleados y a la excesiva compartimentación de las tareas que dificultaba tanto la comunicación interna como la cooperación entre ellas.

Asimismo, el informe destacaba que el INSS no había terminado de integrar en nuevas estructuras y de ordenar con arreglo a sus nuevas funciones los recursos humanos y los sistemas que estos empleaban procedentes de las viejas entidades del INP y las Mutualidades preexistentes a la reforma institucional del año 1978 y que mantenían muchas de las viejas adherencias al modelo cultural y jurídico de la administración franquista. Así, había categorías que no se relacionaban ya con las funciones encomendadas e incluso dentro de una misma categoría profesional podía haber 5 o 6 niveles distintos con estatus diferenciado que ya no estaban vigentes y en nada ayudaban a una división del trabajo por actividades. Puede resultar anecdótico pero en todo caso muy expresivo recordar que los propios funcionarios se reconocían e identifican aún como procedentes de uno u otro organismo previo y, por tanto, como portadores de una cultura diferente e incluso de una diferente concepción acerca de lo público. Adicionalmente se indicaba que la institución disponía de una pirámide de personal altamente envejecida y no formada adecuadamente para las funciones gerenciales, que la compartimentación de las áreas por tareas estancas era la más inapropiada para la moderna gestión ya que hacía imposible la reasignación de los recursos y propiciaba un modelo no colaborativo, que el excesivo reglamentismo y la profusión de normas internas apoderaba a algunos núcleos técnicos en la tarea de orientar el reconocimiento de los derechos sobre pautas inadecuadas o incluso

obsoletas, que los acopios de documentación eran una montaña debajo de la que quedaba sepultada la propia organización. También se indicaba que no existía un sentido finalista en las tareas y tampoco una política de atención e información a los ciudadanos y un largo etcétera de problemas que requerían su inmediata corrección como en el caso de la inapropiada red de centros de gestión e información al público que, pese a su dimensión, era parte del problema y no de las soluciones, con más de 400 oficinas repartidas por todo el país con arreglo a criterios no poblacionales y buena parte de las cuales eran como islas, ya que sólo el veinte por ciento de ellas estaban conectadas informáticamente a sus centrales con capacidad de obtener respuestas de las bases de datos. A mayor abundamiento, sus instalaciones eran obsoletas y los recursos humanos asignados a las mismas no estaban formados en las técnicas adecuadas. El informe insistía en la relevancia de esa red para el éxito de la reforma ya que en una organización de servicios como el INSS tenía una especial relevancia puesto que a lo largo del año recibía más de 12 millones de visitas.

Al tiempo, aunque era objeto de una formulación más amplia en una de las líneas de acción que se proponía en otro punto del documento, se señalaba que era fundamental segregar dos tipologías para la especialización de la red: de un lado lo que se denominaría la red de centros de gestión y, de otro, la red de centros de recepción e información cuyo nombre sería el de Centros de Atención e Información de la Seguridad Social (CAISS). Mientras que los primeros debían de ser centros adecuados a las actividades de tramitación interna, el acopio documental, la evaluación jurídica, la resolución de los expedientes y el control, y por tanto debían de concebirse como centros cerrados y sin la presión de la atención al público (o de los grupos de gestores profesionales habituados a las prácticas menos aconsejables), los segundos, la red de centros CAISS, debían de ser abiertos y especializados en la atención personalizada al ciudadano, el asesoramiento y las actividades de recepción de las solicitudes y el control de la marcha de los expedientes del centro de gestión correspondiente. Ya se anticipaba en esos primeros enunciados que la atención y la información debían pasar a ser actividades “gestionadas” bajo las mismas premisas de calidad y control a las que estaban sometidas las actividades más relevantes que la institución llevara a cabo. De ahí que en las actividades de gestión enunciadas en otro bloque del informe se pusiera en valor que la gestión del INSS contenía dos ámbitos, de un lado “la gestión” de los servicios de trámite y control de las prestaciones económicas, y de otro, “la gestión” de los servicios de comunicación y de atención a los ciudadanos. Finalmente se señalaba la importancia de diseñar una nueva identidad corporativa y definir unos modelos estandarizados de los centros administrativos para renovar la red en su totalidad no sólo como garantía de un servicio homogéneo sino también como parte de una estrategia de estímulo

al sentido de pertenencia de los propios empleados públicos y a su identificación con la nueva etapa.

Por lo que al bloque de gestión se refiere, el informe señalaba que *“Los usuarios de la Seguridad Social y la sociedad en general coinciden en afirmar que existe una tardanza en la tramitación y pago de las prestaciones. En este mismo sentido se afirma que el conocimiento sobre el contenido y las condiciones para el acceso a ellas es difícil de obtener por la complejidad técnica del lenguaje utilizado y de las propias normas que las regulan. Un análisis objetivo de este tema conducirá forzosamente a constatar que la normativa que regula el sistema de la Seguridad Social y, más específicamente de sus prestaciones, está caracterizada por la profusión y la dispersión. Igual falta de sistematización existe en las normas internas...”*.

Como fácilmente puede deducirse de lo anterior no se trataba de una mención pacífica para los responsables que en el Ministerio desarrollaban el trabajo de la ordenación jurídica de las normas del sistema y de hecho se sintieron ofendidos por esta mención que, más allá de su radicalidad, ponía de manifiesto la pervivencia de esa cultura reglamentista tan habitual como perversa en el ámbito de la gestión pública que determinaba la existencia de una multiplicidad casi infinita de circulares, instrucciones y criterios que, si bien trataban de interpretar las múltiples capas jurídicas que la vida del sistema hacía necesario, terminaban por construir auténticos laberintos jurídicos que el ciudadano desconocía pero que afectaban a su derecho sin el grado de publicidad imprescindible para un estado de derecho. Todo ello sin olvidar que en la organización esa dinámica convertía en auténticos expertos en determinada circular o instrucción a ciertos grupos profesionales cuya actividad era como una tuerca loca con vida propia al margen de la aplicabilidad y coherencia de la norma de que se trataba. De ahí que el Informe señalara que una de las perversiones burocráticas del INSS se basaba en la importancia concedida al ámbito de la gestión interna de las prestaciones como una actividad cerrada sobre sí misma en detrimento de todas las demás tareas sin alguna de las cuales la tramitación deja de tener sentido o carece de todo su significado en la relación con los intereses de los ciudadanos.

Mayor interés tenía otra afirmación del Informe en la que se decía que *“Igualmente, los ciudadanos opinan que son requeridos para la aportación de documentos y datos sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos que, o bien están ya a disposición de la Entidad, o bien pueden ser capturados más fácil y cómodamente por ésta que por aquellos. Estos documentos pueden incluso resultar innecesarios.”* Poco más adelante se añadía: *“La Entidad no emplea todo su potencial y su ca-*

pacidad en orden a simplificar el procedimiento, ahorrar molestias a los usuarios y gestionar en el menor tiempo posible. En suma, los usuarios piensan que la gestión es opaca, farragosa, lenta, innecesariamente compleja, poco asequible, con inciertas garantías jurídicas en el procedimiento y con un nivel de información insuficiente”.

Se trataba de afirmaciones rigurosas y muy críticas que eran consecuencia de la toma de razón de los cuestionarios analizados procedentes de las encuestas de opinión y contrastados con el grupo de funcionarios que ayudaban a elaborar el programa del INSS. Durante el año precedente, 1986, el INSS había recibido 454.000 nuevas solicitudes de pensión y había tramitado 502.000 expedientes, demostrando una capacidad de cobertura mayor que la entrada anual gracias a operaciones de gestión de “expedientes embolsados”, denominación que aludía a los retrasos en la gestión y la acumulación de solicitudes que se atendían con contrataciones temporales de nuevos funcionarios. Aun así, la bolsa pendiente de trámite a finales de ese año era de más de 66.000 expedientes.

A mediados de 1987 la situación de atrasos en la tramitación de los expedientes se había estabilizado en 63.000 siendo las principales causas de ese embolsamiento la falta de documentos (el 26%), la falta del informe de cotización (el 32%) o las operaciones de cálculo (el 25%). Un análisis más detallado permitía saber que los expedientes solían poder resolverse en dos meses pero si excedían de ese plazo pasaban a ser considerados expedientes en dificultad y, asombrosamente, se alargaban pasando a durar más de 4 meses de promedio. En todo caso existían un grupo de direcciones provinciales en las que se había producido ya un colapso de la capacidad de gestión siendo éstas en general las de mayor volumen de población. Estas deficiencias favorecían la actividad desleal de algunos grupos profesionales externos a la entidad que ofrecían sus servicios a los futuros pensionistas bajo un modelo de retribución injusto para los solicitantes al pactar su retribución al 50% del valor de los atrasos producidos en la demora de los trámites. No cabe duda de que eran los primeros interesados en que la documentación no estuviera completa y de ese modo se incrementaran sus honorarios.

También se analizaba la situación de la gestión de las restantes prestaciones económicas que, como la incapacidad laboral o la entonces denominada invalidez provisional, padecían otros problemas en su control y tramitación y cuyos crecimientos eran motivo de preocupación en materia de gasto y lucha contra el fraude para las autoridades del sistema.

Como conclusión de ese apartado se decía que *“De este modo, el objetivo básico de la actividad gestora del INSS no es otro que el del acercamiento de*

la gestión al ciudadano, tarea ésta que implicará la simplificación del marco jurídico y procedimental, la agilización de los trámites, la reducción de los plazos que median desde la solicitud de la prestación hasta el pago de la misma, y la atención constante y personalizada de las demandas de información y ayuda de los ciudadanos”.

Finalmente, el Informe era contundente respecto del nulo rigor que los sistemas de seguimiento de la gestión tenían. Se hacía así alusión a un sistema de medición de los indicadores de gestión que se había llegado a denominar formalmente con el singular enunciado de “tiempos teóricos de gestión” y cuyo resultado era engañoso y tenía poco que ver con la realidad. Asimismo, el análisis de la situación era muy descriptivo respecto de ciertas carencias (medios informáticos) o de ciertas disfunciones (como en el caso del tiempo de elaboración de los informes de cotización y la fase de pago).

El rápido análisis efectuado con carácter previo ponía de manifiesto que el tiempo medio de trámite que realmente se empleaba para el reconocimiento de una pensión de jubilación en el INSS era de 115 días aunque lo habitual era que superara los seis meses y, en el caso de que tuviera dificultades de información o datos, podía superar el año. Las pensiones que se basaban en períodos cotizados fuera de España al amparo de los convenios internacionales, superaban siempre el año de tramitación. Los expedientes que se apartaban del trámite tipo y no se resolvían antes de dos meses se embolsaban en un sistema de trámite que tendía a incrementarse constantemente y a dificultar la gestión ordinaria.

Los solicitantes hacían un auténtico viacrucis para obtener el conjunto de diez documentos que debían de presentar con la solicitud, buena parte de ellos innecesarios como se pondría de manifiesto con las decisiones posteriores que se adoptaron o referidos a informaciones que ya obraban en poder de la propia administración (aunque no siempre estaban disponibles dado que muchos ficheros eran manuales). Una vez presentado el expediente tenían que volver hasta 5 o 6 veces de media para resolver trámites. Algunos de esos trámites eran objeto de controversia (por ejemplo, el informe de cotizaciones) ya que la información disponible estaba sólo parcialmente informatizada y los datos recogidos manualmente contenían con frecuencia errores y lagunas que debían de ser combatidas por el propio interesado. No es extraño, por tanto, que ese trámite por sí sólo (emisión del informe de cotización) “pesara” en el total de la tramitación entre un 25 y un 45% del tiempo total que se empleaba en resolver el derecho a la pensión. Finalmente, por añadir otro ejemplo, una vez reconocida la pensión, el pago de la misma se demoraba entre 21 y 35 días más.

El diagnóstico de las actividades de gestión era evidente: un grave déficit en la calidad de la gestión caracterizada por una deficiente actividad en la fase de iniciación de los expedientes, graves lagunas en la fase de tramitación y un exacerbado juridicismo en la fase de resolución con el uso de un lenguaje críptico para los ciudadanos y unas muy altas tasas de reclamación previa y ante la jurisdicción.

El Informe, a los efectos de la evaluación del bloque relativo a la Comunicación también era contundente: el INSS no tenía una estrategia de comunicación e infravaloraba la importancia de la misma siendo sin embargo determinante de la calidad de la gestión y de la percepción que los usuarios tuvieran del trabajo de la Entidad. El Informe recapitulaba sobre la importancia de aprovechar la multiplicidad de contactos que debía de desplegar a lo largo de un año de gestión para con sus usuarios. Así se ponía en valor que cada año más de 500.000 nuevos usuarios se ponían en contacto, muchos de ellos por primera vez en su vida, con el sistema de protección. De este modo se formarían una opinión de la capacidad del Organismo que difícilmente variaría a lo largo de su permanencia como pensionistas. El INSS debía de primar ese contacto con el objeto de crear una corriente de opinión favorable si era capaz de atender y gestionarlos de forma adecuada. Del mismo modo se indicaba que más de 5,7 millones de usuarios estaban obligados a entrar en contacto cada año con el sistema dada su condición de pensionistas en vigor y que debía de desarrollarse una estrategia de comunicación y servicios para con ellos, mejorando la atención e información a sus domicilios para evitar obligarles a acudir a las oficinas y adicionalmente reducir el impacto que eso tenía en los servicios del INSS. Finalmente se recordaba que más de 12 millones de personas contribuían como cotizantes al sostenimiento del sistema y que era oportuno integrarles en la estrategia de comunicación para cuya implementación el Informe presentaba un plan específico para cuya ejecución era esencial partir de la idea de que *“la comunicación ha de ser una actividad finalista que comunique al gestor tanto con el ciudadano que demanda la gestión o el servicio del INSS como con la sociedad en general y con las restantes instancias internas de la Institución”*.

Es innegable que el Informe de Situación del INSS venía a ser un examen exhaustivo de los problemas a los que la entidad hacía frente y un diagnóstico de las debilidades y fortalezas de su organización, sus métodos, sus procesos de gestión y su cartera de servicios. Pero además era un examen autocrítico que había sido elaborado por el nuevo equipo incorporado por el Director con el apoyo de grupos de discusión en los que participaron un buen número de directivos del INSS pero también de funcionarios tanto de los servicios centrales como de los servicios periféricos que, aún sin disponer del rango directivo (cuestión que a las viejas estructuras escandalizaba), acumulaban importantes experiencias y tenían buena capaci-

dad analítica acerca de las causas remotas y próximas de los problemas y buena capacidad propositiva acerca de las mejores soluciones que cabía desarrollar. La dirección había podido hacer en ese escaso tiempo un buen trabajo capilar llegando hasta los posibles agentes del cambio e incorporándolos desde el primer instante a la dinámica en curso.

Evidentemente los problemas centrales tenían que ver con los métodos y sistemas de trabajo, a todas luces inadecuados para gestionar con éxito las actividades y con carencias de todo tipo que iban desde la capacidad informática hasta el nivel de acceso a las informaciones de sus bases de datos y la calidad y disponibilidad de las mismas, por citar temas determinantes. Ahora bien, esos problemas eran tanto más graves por cuanto se exacerbaban en el interior de una organización con profundas disfunciones dentro de su modelo orgánico y funcional y con una cultura enraizada en planteamientos de otra época. En suma una organización con una cultura burocrática que vivía alrededor del papel y poco eficaz en relación a sus tareas básicas.

Pero no todo eran deméritos en la medida en que el informe también reivindicaba las capacidades ya disponibles, los medios y sistemas que ya se habían ido implantando así como la existencia de núcleos dispersos de personal interesado en un proceso de cambio, especialmente en los servicios provinciales y en las oficinas que mantenían el contacto con los ciudadanos.

El Informe de Situación iba acompañado por un Plan de Acción que a juicio de la dirección debía ejecutarse (sobre cuyo detalle me centraré en el punto siguiente), pero ambos documentos fueron debatidos de forma separada con el objeto de que el análisis de los problemas detectados y de las causas de los mismos tras su debate fuera asumido por los responsables políticos en el Ministerio y de ese modo existiera una mayor receptividad a las propuestas que se presentaban, algunas de ellas de fuerte calado y costes, y no se optara por el cortoplacismo tan querido en el ámbito de la gestión pública evitando que, tras la implantación de las medidas de choque y la consecución de los primeros resultados positivos, decayera la voluntad de profundizar las reformas y se cortocircuitara un proceso de cambio que la dirección entendía había de ser integral y profundo, estructural, continuo. Esto es, si bien los problemas eran identificables las causas eran más complejas. Así todo el mundo podía coincidir en la existencia de escandalosas demoras en la tramitación y resolución de los expedientes de solicitud de las pensiones pero no todo el mundo estaba de acuerdo en la explicación acerca de las razones que pudieran explicar esa demora y, menos aún, respecto de cómo eliminar algunas de esas causas.

Por lo que a la entrega y debate del Informe de Situación se refiere debo reseñar alguna sorpresa inesperada ya que no sólo no hubo unanimidad respecto de

su contenido y afirmaciones (cosa que se puede entender) sino que algunos de los que lo cuestionaron asombrosamente habían sido poco comedidos en sus críticas al INSS y a su funcionamiento antes de la llegada de la nueva dirección aunque algunos de ellos habían tenido anteriores responsabilidades en la gestión del área. A mi entender la entrega del informe causó malestar en la medida en que evidenciaba problemas de toda naturaleza y no escondía las debilidades tanto del INSS como del propio Sistema de la Seguridad Social y descartaba que la solución fuera coyuntural planteando una estrategia general a través de un proyecto integral que pasaba por redefinir la misión del organismo y revisar profunda e intensamente todos sus ámbitos. Posiblemente el vértice de responsabilidad del Ministerio deseaba más un programa de medidas de choque que una reforma estructural y, además, algunas de las acciones que habría que poner en marcha afectaban al papel que jugaban otros servicios ajenos al INSS y les hacía corresponsables de la situación en la parte que también les correspondía. Por otra parte es frecuente que los responsables políticos no gusten de la práctica de la autocrítica aunque ésta sea plenamente coincidente con la que hacen los ciudadanos. En todo caso, desde la perspectiva de la dirección el esfuerzo a realizar sólo sería exitoso si iba dirigido a transformar la entidad y cualquier medida de choque si bien corregiría puntualmente la situación dejaría el problema sin resolver. En todo caso, el camino a recorrer era el mismo aunque las medidas de choque eran una etapa intermedia. Abordar un proceso de cambio organizacional permitiría, además, una mayor adhesión de los empleados al proceso de cambio y una mayor profundidad y permanencia de sus efectos en el tiempo.

La falta inicial de receptividad al informe llevó a la conclusión de que el poder en general no comparte las dificultades. Mientras que para el vértice de poder la solución era transitoria, para la dirección la solución era estructural y no coyuntural. Para el equipo de dirección del INSS se trataba de orientar la transformación hacia una organización de servicios y un modelo gerencial.

4. EL PROGRAMA DE TRABAJO

Como indicaba antes el análisis se cerraba con una propuesta de trabajo, el Plan de Acción, un inventario de 21 programas centrado sobre 9 ejes estratégicos. El informe planteaba un trabajo de implementación y fortalecimiento institucional en 5 años que alineaba armoniosamente los esfuerzos de diagnóstico de cada área con las medidas que debían implantarse y cuyos resultados estaban meticulosamente evaluados y periodificados medida a medida para una obtención gradual de los mismos y una gradual reducción de las áreas de gestión en conflicto.

Como acabo de exponer desde el primer momento quedó claro que existía un doble escenario de trabajo: una reforma integral cuya intensidad y profundidad era de tal magnitud que requería un esfuerzo de largo recorrido que afectara tanto a la organización como a los sistemas de gestión y a la prestación de los servicios de atención a los ciudadanos; y un programa de medidas de inmediata ejecución que diera solución a los principales y más graves desajustes produciendo hacia el exterior un resultado satisfactorio en tiempos de trámite, simplificación administrativa y calidad de los servicios, y hacia el interior de la organización sirviera como efecto demostración de la capacidad del organismo para llevar a cabo su propia modernización interna con éxito pese al ingente esfuerzo que aún quedaría por realizar.

Obviamente al Ministerio le bastaba con cumplir este último objetivo pero a la dirección del INSS le parecía insuficiente tanto porque no se resolverían los problemas estructurales que aquejaban al organismo como porque en cualquier circunstancia posterior podría retrocederse hasta el punto de partida sin haber consolidado las capacidades que era necesario obtener e implantar, siendo sus prioridades crear una nueva cultura que permitiera vincular la organización a cliente y resultado, racionalizar los modelos organizativos, simplificar los procedimientos y atender de forma personalizada. Además el equipo directivo era consciente de que sólo un proceso de gran intensidad permitiría lograr la alianza con los actores del cambio y vencer las resistencias de todo tipo que se presentarían dentro y fuera de la organización, creando un nuevo rol de directivo, desformalizando las estructuras, garantizando eficacia y celeridad e incorporando valores nuevos que promovieran la accesibilidad, la transparencia, la seguridad jurídica, la receptividad o la proactividad en el marco de un modelo que percibiera la gestión como compromiso ético con los ciudadanos ya que, como solía decir, la mejor protección es aquella que se gestiona con inmediatez y eficacia y ya que informar es garantizar el correcto ejercicio de los derechos y obligaciones de los ciudadanos.

Las medidas de choque se centraron en: A) simplificar los procedimientos mediante la eliminación de buena parte de los documentos que los ciudadanos debían de presentar y la reducción de los trámites innecesarios estableciendo de forma inmediata y organizando al personal sólo sobre tres fases del procedimiento: iniciación del trámite con la presentación de la solicitud; tramitación de la solicitud; y resolución del expediente (que incluía la fase de pago que hasta entonces estaba separada). B) Implantar una gestión sin papeles soportada sobre una aplicación informática inteligente, que denominamos PROGESPRESS (Programa de Gestión de Prestaciones) y que, dado que requería un intenso análisis funcional previo, un desarrollo y un equipamiento nuevo, todo lo cual comportaba un largo período de tiempo, se implantó previamente de forma manual con el objeto de conseguir sin demora todas sus virtualidades e

ir avanzando ya en la cultura de los nuevos métodos de trabajo. C) Especializar a las unidades de información como unidades de atención personalizada. Para ello se diseñó un programa de centros de atención e información de la seguridad social (que denominamos CAISS) cuyos modelos básicos se implantaron de forma inmediata a expensas de ir rehabilitando la red ya disponible y adecuándola al nuevo modelo. Las nuevas unidades se basaban en las actividades de asesoramiento, control de los trámites posteriores de la gestión interna y atención personalizada de los ciudadanos. D) Implantar un concepto de responsabilidad individual por la gestión de los funcionarios encargados de los distintos trámites. A partir de ese momento los funcionarios quedaban identificados no sólo ante los usuarios de los sistemas sino en el propio procedimiento.

Por lo que se refiere a los objetivos de trámite se estimó que a corto plazo no eran otros que conseguir la “no interrupción de las rentas” lo que suponía un tiempo de trámite y primer pago inferior a un mes frente a los casi cinco meses de promedio que se tardaba hasta la fecha. Para el sistema de control se establecieron indicadores provincializados cuyo grado de cumplimiento era conocido de todas las direcciones provinciales. El presupuesto se descentralizó en todas aquellas partidas susceptibles de serlo y, en paralelo aunque un poco más tarde, se diseñó e implantó un “sistema de información para directivos (SID)” aplicando un modelo conceptual muy avanzado y sofisticado con el apoyo de los asesores externos.

Pero una de las cuestiones esenciales en el proceso de reformas del INSS era la comunicación interna y externa. Interna hacia el conjunto de la organización y externa hacia los asegurados del sistema y, particularmente, hacia los pensionistas. Se puso el énfasis en la ejecución de intensas campañas de información sobre la revalorización anual de las pensiones enviando al domicilio del pensionista su notificación específica con detalle del impacto de la subida antes de que en su oficina bancaria se hiciera el pago de la nueva cuantía al que se acompañaba un cuestionario sobre el grado de satisfacción con los servicios de la entidad. Se implantó un teléfono gratuito de la línea 900 y se hizo una potente labor pedagógica en todos los centros de pensionistas y en los hogares de los jubilados así como en todas aquellas instituciones que lo pedían (residencias de ancianos, ayuntamientos, asociaciones de vecinos), tarea para la que se formaban cada año los funcionarios de información y a la que se dedicaba la mayor atención posible. Paralelamente se implantaron los CAISS con gestión de colas informatizada y aviso de tiempos de espera en cada puesto de trabajo y audiovisuales que hacían cualquier posible demora más agradable.

En el marco de esas medidas relativas al fortalecimiento de la comunicación se iniciaron las campañas de divulgación que debían de acompañar a la aplicación anual

de la revalorización usándose para ello todos los medios de comunicación, incluyendo la televisión, diseñando divulgativos que la explicaban e incluyendo en la notificación que por correo llegaba a todos y cada uno de los hogares de los pensionistas una encuesta. Si bien a partir del segundo año de implantar esta medida todo estaba normalizado y las complejas operaciones informáticas de cálculo de la revalorización de cada pensión se hacían ya en un plazo breve, no puedo por menos de recordar la extrema dificultad en medio de la que se realizó la primera campaña dada la todavía frágil capacidad disponible y la precariedad de los medios, llegando incluso a hacer esa distribución de las nóminas de cada provincia contando con una avioneta fletada al efecto que nos permitió que antes de que el mes de enero hubiera concluido las entidades financieras pagaran su pensión actualizada el 1 de febrero, cosa que nunca había sucedido antes y que era un auténtico “efecto demostración” acerca de hacia dónde apuntaba el resultado que pretendíamos. Hoy todo esto no tiene desde hace muchos años secreto alguno. En aquel entonces era una revolución.

5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS

El Plan de Acción se componía, como he dicho, de 21 Programas de Trabajo. La dirección y el control de la implementación de los Programas fue asignada a las distintas Subdirecciones Generales en razón de su ámbito de competencias y los programas de naturaleza transversal quedaron en manos de la propia Dirección General con el objeto de garantizar su puesta efectiva en práctica y otorgarles el máximo grado de visibilidad y legitimidad y vencer las inevitables resistencias que en la implantación de los mismos se esperaba. Así, la Dirección General se hizo con el control directo de los programas de Comunicación Integral, Mejora de la Organización y el Programa de Actuaciones Especiales.

El Programa de Comunicación Integral contenía acciones dirigidas a reformular la estrategia de comunicación e información tanto hacia el exterior (servicios a los ciudadanos) como hacia el interior (identidad corporativa y comunicación corporativa). Pero en realidad lo impregnaba casi todo en la medida en que intervenía en la elaboración de los formularios y modelos de solicitud, de los divulgativos, en el control del uso del lenguaje administrativo, en el diseño de la imagen de la entidad o, por citar otros ejemplos, en las campañas informativas, en la acción editorial, la definición de los espacios y ambientes de la red de instalaciones o en la optimización de los puntos de contacto con la ciudadanía cuyas barreras a la comunicación fueron eliminadas al tiempo que sustituidas por “espacios humanizados” que preservaban la reserva de las comunicaciones y garantizaban una atención personalizada convirtiéndolas en la oficina natural del ciudadano.

El Programa de Mejora de la Organización iba dirigido a dotar al INSS de una estructura moderna y de unos modelos y sistemas internos adecuados a la redefinición de sus misiones y funciones. El enfoque central del programa no sólo iba dirigido a la propia organización, que obviamente fue reestructurada bajo criterios de funcionalidad, o a sus empleados sino al servicio a prestar a los ciudadanos y la idea de la pensión como parte de una política de rentas (o mejor, de sustitución de rentas). De ahí se deducía que era preciso configurar una administración eficaz y austera, pero también accesible, transparente, proactiva, receptiva. Pero también se aludía al imprescindible papel que en la entidad debían jugar los agentes sociales a través de los Órganos de Representación.

Por lo que al ámbito propio del personal se refiere se pretendía garantizar la máxima movilidad interna (horizontal y vertical) rompiendo un modelo perverso en el que para obtener una mejora retributiva era imprescindible un ascenso toda vez que la movilidad horizontal hacia puestos de similar categoría pero de mayor responsabilidad o cargas de trabajo no suponía mejora alguna, situación que producía graves injusticias y era muy desincentivadora para lograr cubrir determinadas áreas. Por ello se diseñaron nuevos modelos de carrera profesional, se implantaron políticas de motivación y se desarrolló una importante acción de comunicación y participación interna de los empleados, interactuando con otros programas de la política de personal.

El Programa de Actuaciones Especiales iba dirigido a resolver el problema endémico de los malos resultados de gestión que aquejaban a determinadas direcciones provinciales pese a la reiterada asignación de recursos de que eran objeto para ponerse al día. Cuatro provincias, Madrid, Barcelona, Vizcaya y Sevilla, que suponían el 34% del total de la población atendida, retenían el 70% del total de los expedientes en tramitación con una duración superior a los cuatro meses. Era una situación explicable pero inaceptable ya que el compromiso de la entidad no era territorializable y el servicio tenía que ser homogéneo en todas partes. El problema era específico y tenía causas y rasgos propios que era necesario analizar en detalle para proponer un bloque de iniciativas que resolviera definitivamente la cuestión y se dirigiera inequívocamente a corregir las disfunciones existentes y no sólo el resultado. El Programa se fijó el objetivo de elaborar planes de acción singularizados, aportar medios estructurales, realizar operaciones de corrección puntual de los atrasos y reordenar sus redes e instalaciones.

La Secretaría General del INSS se ocupó prioritariamente del Programa de ordenación de la Red de Instalaciones (centros de trabajo) y Servicios así como del Programa de Formación y Especialización del Personal. Para el primero de ellos se implantó una estrategia de diversificación de los centros (superando el falso conflicto “gestión

versus atención”) y de especialización. La red de servicios directos a los ciudadanos pasó a denominarse Red de Centros de Atención e Información de la Seguridad Social (CAISS) y se reubicaron los centros en virtud de criterios poblacionales. Se diseñó un modelo de centro-tipo perfectamente caracterizado para las nuevas funciones que debía desarrollar, se establecieron sus nuevos equipamientos, su nueva planta, se definieron los indicadores de la gestión de los servicios de atención y se implantó un moderno sistema de gestión de los tiempos de espera. Incluso se implantó un modelo de oficina móvil para llegar a centros de población dispersos. Se asignaron a los CAISS nuevas tareas relacionadas con la denominada “primera fase de gestión o pregestión” en la que los funcionarios de atención pasaban a cumplir un papel esencial en el bastanteo de solicitudes y documentos así como en la introducción de los datos al sistema, datos que determinaban el inicio del procedimiento de los centros de gestión ubicados en las sedes de las direcciones provinciales sustituyendo el viejo proceso de remisión del papel a unidades de grabación y control de las solicitudes que se había convertido en uno de los nudos del problema de la demora en la gestión. Aun más, los centros CAISS pasaban a ser la red de contacto personal del ciudadano con la entidad y para ello cada expediente era asignado a un gestor de esa oficina con el que el ciudadano podía entrar en contacto para conocer el estado de trámite de su expediente y la información que precisara. Obviamente al empleado el nuevo sistema le proporcionaba el acceso informático al control del trámite interno del expediente pasando a ser un controlador de la gestión en tanto que representante del propio ciudadano en la tramitación de su solicitud.

Toda esta dinámica tenía importantes requerimientos de gestión de la política de personal. El cambio de las funciones que los empleados debían de llevar a cabo en el nuevo modelo suponía derrumbar el viejo sistema de retribuciones basado en categorías que ya no eran aplicables, en modalidades de horarios más ajustadas a las necesidades del servicio y en incentivos vinculados a las actividades que la organización quería primar. Así, por ejemplo, las peores retribuciones se producían en las unidades de atención al público a las que hasta ese momento iban funcionarios de primera entrada o incluso funcionarios a los que no se valoraba adecuadamente. La ausencia de medios adecuados en esas oficinas y la tensión a la que estaban sometidos en tanto que zona de fricción con los pensionistas descontentos de la calidad del servicio que recibían hacía que prestar servicios en dichas oficinas fuera una especie de castigo y, en todo caso, un demérito profesional. Sin embargo para la dirección era decisivo que esa red fuera la parte visible del cambio en la calidad de la organización y la pantalla de la verosimilitud del esfuerzo de cambio. Consiguientemente no sólo era necesario reforzar su calidad profesional a través de intensos esfuerzos de formación y la asignación de medios informáticos para el control de los

trámites sino también a través de una política retributiva coherente con esa nueva situación. Cambiar la mentalidad del Ministerio para autorizar las compensaciones y la productividad de estos empleados fue una batalla compleja que finalmente se ganó. El INSS adoptó un modelo de evaluación del desempeño sofisticado y muy innovador aunque permanentemente cuestionado por otras instancias más conservadoras en este tipo de políticas de personal.

Por lo que al Programa de Formación se refiere se debe de destacar la extrema importancia que se le concedió. Se crearon 10 zonas de formación que agrupaban a todas las direcciones geográficamente próximas, se dio estatuto a los funcionarios encargados de la formación, se diseñaron programas amplios con prioridad sobre técnicas gerenciales, técnicas de comunicación, jornadas técnicas y seminarios.

La Subdirección de Gestión acometió el grueso de los Programas de Trabajo con importantes responsabilidades en materias como la Simplificación de los Procedimientos, la Reducción de los Documentos a presentar, los modelos de solicitud, la mecanización de la red de centros o las mejoras puntuales de la gestión de cada prestación económica. Asimismo se le encomendó la implantación de dos de los Programas más relevantes para la mejora de la gestión: El Programa de emisión de los informes de cotización y el Programa de emisión de los primeros pagos, auténticos cuellos de botella de la gestión y auténticos agujeros negros de los esfuerzos que la entidad desplegaba.

Cabe recordar que algunas de las decisiones relativas a las actividades a realizar para poner en práctica los programas antes enunciados eran comprometidas tanto porque suponían una ruptura con la cultura reglamentista imperante hasta el momento como porque comprometían la calidad de la cooperación que el INSS debía de recibir de otros Servicios Comunes del sistema de la Seguridad Social sin cuyo apoyo sería difícil avanzar, como era el caso del esfuerzo que la Tesorería General debía de hacer facilitando la formulación del primer pago a los pensionistas o de la Gerencia de Informática proporcionando los equipamientos requeridos.

La simplificación de los procedimientos y la reducción documental partió de un análisis muy crítico al modelo que se venía siguiendo y que se basaba en desplazar hacia el ciudadano la carga de la información documental necesaria para el trámite de sus derechos, carga que le obligaba a un peregrinaje por otras instituciones (Ayuntamientos, Registros Civiles, INEM, etc.) o su empresa de procedencia y que excedía lo que era coherente exigir, bien porque el INSS podía hacerlo por sí mismo a través de conexiones específicas con las instituciones en las que estaban depositadas esas informaciones bien porque en muchos casos esa información ya estaba disponible en el interior del propio sistema. Así, se empezaron a hacer los cruces de los grandes

bancos de datos con el INE y con Hacienda. Ese mismo análisis crítico se hacía también respecto de los modelos oficiales y solicitudes cuyo lenguaje técnico era casi un arcano para los particulares. Los modelos oficiales se simplificaron y el lenguaje se corrigió. Se elaboraron manuales sencillos, se editaron los modelos y solicitudes en las distintas lenguas oficiales y se redujeron radicalmente los documentos que se debían presentar.

Por lo que se refiere al Programa de mejora de la emisión de los informes de cotización al que antes aludíamos cabe destacar que era un factor crítico en el Plan de Trabajo. La información que sobre los períodos y las bases de cotización tenía el sistema era de muy mala calidad, estaba fragmentada, dispersa y bajo formatos muy diversos (había períodos mecanizados y accesibles pero muchos otros estaban en ficheros manuales, microfilms, hojas y fichas deterioradas e incluso falseables y, además, había numerosas lagunas de información) y los datos obraban tanto en poder del INSS como de la Tesorería General como consecuencia del proceso histórico seguido y de la reciente pero aún incompleta reforma de las instituciones operada en el año 1978 y aun no terminada. Por otra parte, la ampliación del período de cotización que la ley 26/1985 ahora exigía (ocho años), era de muy difícil cumplimiento. Todo ello introducía no sólo una amplia demora en los tiempos de trámite sino también una cierta inseguridad jurídica. Adicionalmente, suponía una sobrecarga que absorbía un número relevante del total de los recursos humanos disponibles. Sirva de ejemplo el siguiente dato: el 32% de los expedientes pendientes de resolución lo estaban por no haberse podido completar este informe y, en el caso de colectivos como los trabajadores autónomos, en delegaciones como Madrid se tardaba de media hasta 86 días en emitir ese informe. Obviamente el telón de fondo de este grave problema era la entrada en funcionamiento de los servicios que la Tesorería General debía de proporcionar en esta materia y que se encontraban en desarrollo y bajo otro tipo de prioridades relacionadas con la eficacia recaudatoria.

Sin duda este tema, junto con la reforma y mecanización del procedimiento y de la red fue uno de los vértices de la reforma del INSS. De entre las actividades que hubo que implementar destaca por su virtualidad en ese momento como fórmula de transición hasta que el sistema a través de la Tesorería estuvo en condiciones en procesar toda la información y el período de los ocho años se completó, la decisión de adquirir un sistema rupturista para ese momento, el Megadoc de Philips, un disco óptico que no era otra cosa que el precedente del CD-ROM. El Megadoc permitió pasar los viejos ficheros manuales a un soporte óptico invulnerable. Ciertamente hoy puede parecernos primitivo pero en aquel entonces era muy innovador. Posiblemente el INSS fue la primera organización pública o privada que lo implantó masivamente. De hecho la empresa suministradora hizo para el INSS varios desarrollos específicos que incluían un box, similar a las viejas máquinas de discos, que disponía de

un brazo que permitía una rápida captura de los discos almacenados para ganar tiempo de lectura. Esa información óptica se cruzaba con información analógica que facilitaba la búsqueda por cada cotizante o empresa.

Cabe confesar la existencia de fuertes resistencias tanto en la Gerencia Informática como en la Tesorería frente a esta decisión del INSS pero la solución, aunque transitoria, permitió ganar en fiabilidad, eliminar fraude y reducir fuertemente el tiempo de emisión de los informes. Bien es cierto que no era el bálsamo de Fierabrás y que parte del éxito en la solución de este problema vino dado tanto por una mayor cooperación con el titular de los datos, la Tesorería, como por la racionalización de las unidades del INSS que gestionaban en centros específicos este tema y por la hipervigilancia que los directores provinciales dedicaron a esta cuestión.

Otra cuestión de extrema importancia que ya hemos mencionado era el tiempo que se tardaba en la emisión del primer pago a los pensionistas. De nuevo era una tarea compartida entre entidades y servicios del sistema y en ella intervenían muchas instancias, como parece obvio. El INSS consideraba resuelto un expediente y concluida su responsabilidad de gestión una vez el mismo estaba firmado y digitalizado. Sus sistemas de control de los tiempos de trámite no incluían en el cómputo el tiempo empleado en la fase de pago al pensionista. Si bien era razonable actuar así ya que era a otra entidad a la que correspondía realizar el pago y agilizarlo, la nueva dirección del INSS consideraba que la obligación de la entidad se extendía hasta que el ciudadano recibía la pensión en su entidad financiera y, paralelamente, se le abonaban los atrasos deducidos a lo largo del tiempo de trámite en lo que se llamaba “primeros pagos”. No era un trámite menor en la medida en que se tardaba entre 21 y 35 días en hacer el pago para desesperación del interesado que, por otra parte, acudía en varias ocasiones a las oficinas a preguntar sobre ello. La cuestión era un tanto estrambótica ya que, como consecuencia de las mejoras introducidas, en algunas direcciones provinciales se tardaba ya más en pagar que en resolver el expediente. Era una cuestión cuya solución exigía la colaboración de la Tesorería General, cuyos técnicos no lo consideraban viable porque alteraba todo el régimen de posicionamientos que la Tesorería tenía organizado y le planteaba requerimientos de actividad que consideraban exacerbados e intensivos en cargas de trabajo para sus unidades financieras. A la vista de esta dificultad se optó por negociar con la Caja Postal, en su muy especial condición de entidad financiera pública, el diseño de un circuito singular que permitía hacer llegar al domicilio de los nuevos pensionistas un cheque nominal con el importe del primer pago que reducía entre 15 y 25 días el tiempo de abono en la propia cuenta del pensionista. De este modo, aunque resulte llamativo, se llegaban a dar numerosos casos en los que el pensionista recibía su primer pago antes incluso de que le llegara la propia resolución formal de su pensión.

La Secretaría General de la Seguridad Social se implicó decisivamente en la solución de este problema. De su mano se realizaron gestiones que permitieron acordar con la Caja Postal un mecanismo enormemente versátil que resultó un éxito. El INSS remitiría las remesas de sus resoluciones cada día a la Tesorería y ésta, junto con la Caja Postal, emitiría los talones nominales con la cuantía de cada primer pago. La Caja Postal remitía a cada nuevo pensionista en su domicilio y a través de los servicios postales del Estado el talón correspondiente que podía cobrar en sus oficinas o ingresar en su entidad financiera. Fue un salto gigantesco en la calidad del servicio y en la celeridad con la que el sistema debía de actuar al que también contribuyó decisivamente la Intervención General de la Seguridad Social proporcionando todas las facilidades precisas.

Pero debemos de dar una importancia decisiva a la iniciativa adoptada a través de la ejecución del Programa de Mecanización. El INSS tenía una informática deficiente e insuficiente para sus necesidades. Disponía de sus propias bases de datos y podía, bajo ciertas restricciones, acceder a las bases de datos del sistema dependientes ya en ese momento de la Gerencia de Informática aunque a esa información sólo accedía una mínima parte de la red de centros y oficinas. Por otra parte, disponía de equipamientos para el proceso de datos locales y tratamiento de textos, pero no había conexión entre todos ellos y su uso se limitaba a proporcionar aplicaciones para las distintas fases y actividades relacionadas con el procedimiento de gestión. El INSS consideraba que ese deficitario equipamiento impedía su buen funcionamiento tanto en los procesos de tramitación e información como en las técnicas de control de las prestaciones y del mantenimiento de los derechos y que era un factor crítico para su reforma. Así el informe señalaba que *“Las posibilidades de modernizar los métodos de gestión, la atención al ciudadano y los servicios se sustenta necesariamente en la existencia de una red informática ágil y completa. Los procesos nacionales no permiten ni reducir los tiempos reales de trámite y resolución, ni facilitar y mejorar el proceso de gestión de las prestaciones, ni hacer un óptimo y puntual seguimiento del expediente, ni obtener explotaciones estadísticas idóneas para el control de la actividad, ni ...”*.

Ciertamente era determinante obtener esta capacidad pero era necesario hacerlo en el contexto de las estrategias que el sistema seguía para su total informatización y esas estrategias tenían otras prioridades y estaban bajo el control de otras unidades no siempre receptivas a la hora de reconocer la importancia de lo que se les planteaba. Todo ello con independencia de reconocer la existencia de todo tipo de intereses en lo que era uno de los mayores equipamientos públicos en curso. No tiene lugar en este artículo poner de relieve los debates que esta cuestión suscitó y las tensiones que se generaron pero a ningún lector se le escapará lo que estaba en juego.

Por lo que se refiere al INSS la Dirección fue radical en sus planteamientos: el equipamiento era imprescindible y la decisión, fuera cual fuera el sistema por el que se optara y el servicio que lo gestionara, inexorable. No era sólo algo que afectara a la mejora en los soportes o en los sistemas de trabajo. El INSS ambicionaba, entre otros objetivos que esperaba cumplir con este equipamiento, desarrollar un procedimiento informatizado que arrumbara el modelo organizativo sobre el que se soportaban sus actividades de gestión, permitiera una administración sin papeles, obligara a todos los empleados a seguir el árbol de decisiones que el propio procedimiento informático fijaba y eliminara los posibles fraudes en la tramitación.

Se crearon varios equipos que, con expertos en procesos informáticos, realizaron el análisis funcional de los procedimientos que el INSS rediseñó sobre un modelo de tres sencillas fases: “inicial” (captura de datos, emisión de la solicitud); “trámite” (operaciones automatizadas de emisión del informe de vida laboral y bases de cotizaciones, operaciones de cálculo y propuesta); “resolución y pago” (reconocimiento del derecho, intervención y emisión de la orden de pago). Así nació el Procedimiento de Gestión de las Prestaciones Económicas de la Seguridad social (PROGESPRESS) que, con pocas variaciones, dura hasta la fecha.

Ciertamente supuso un salto hacia la modernización deseada si bien en su fase inicial hubo de ser implantado de forma manual hasta que todo el sistema estuvo completo y operativo y los equipamientos llegaron a todas las áreas. Atrás quedó un infernal magma de trámites y fases de gestión sobre el que durante décadas se había estado trabajando de forma insatisfactoria tanto para los empleados como para los ciudadanos. No puedo por menos de recordar el impacto que se producía cuando en los seminarios que realizábamos, apoyado en las explicaciones con diapositivas, exponía el procedimiento de trabajo que el sistema había venido utilizando, usando para explicarlo 4 enormes gráficos con los más de 80 pasos de gestión que se seguían y que, superpuestos, proyectaban un endiablado laberinto que era una cabal representación de la manera en la que se había estado trabajando y, frente a esa imagen, ponía la sencilla imagen del nuevo procedimiento de tres fases. La imagen era tan obvia que parecía el huevo de Colón aunque a nadie se le escapa que llegar a esa visión sintética supuso un enorme esfuerzo de racionalización e incluso de imaginación. Finalmente, además, era un auténtico procedimiento inteligente que recogía todos los supuestos de decisión y de aplicación del derecho, eliminaba las decisiones personales, impedía retroceder en el procedimiento de toma de decisiones, dejaba huella del registro de quienes eran los funcionarios que habían intervenido en cada fase acotando su responsabilidad, disponía de alarmas por error o plazo, eliminaba un buen número de estructuras de registro y control intermedio, no requería el uso de papel, exigía que las resoluciones fueran estandarizadas, permitía la audiencia al

interesado en cualquier momento del procedimiento, obligaba a la cúpula directiva a tomar sus decisiones en el procedimiento e incluso obligaba al propio interventor a fiscalizar en pantalla. No cabe duda de que el INSS se colocaba así en la vanguardia de la modernidad y muy por delante de la capacidad gestora y de servicios de cualquier otra organización pública o privada.

La dificultad de incrustar en la dinámica a algunas áreas tiene su corolario, como se deduce de lo anterior, en el papel de la Intervención. La exigencia de intervenir los expedientes “en pantalla” resultaba de difícil aceptación para un grupo profesional acostumbrado a la idea de que su revisión final del expediente en papel (todo el expediente físico les era entregado para su revisión y conformidad) era la garantía de que el proceso era correcto y sus contenidos quedaban verificados. Se les requirió para que hicieran lo mismo que el resto de los funcionarios y verificaran el expediente en pantalla con la posibilidad de requerir, caso a caso, el expediente en papel si lo consideraran necesario y efectuar un control posterior por muestreo. La integración del Interventor en los grupos de trabajo de la reforma tuvo en este sentido una gran virtualidad dado que se había familiarizado con la nueva metodología y se mostró partidario de la medida a la que finalmente se adhirió.

No quisiera terminar este resumen del Plan de Acción sin mencionar, aunque sea someramente, otros Programas de Trabajo que, si bien no parecen tan relevantes ni supusieron grandes transformaciones, su sumaron al proceso general de modernización y reforma del INSS haciendo efectiva la idea de un cambio integral de la organización. Cada una de las prestaciones que gestionaba el INSS tuvo un Programa Específico de mejora con especial relevancia por lo que se refiere a prestaciones de gestión compleja como la incapacidad laboral o con tensiones al fraude como la invalidez provisional. Pero también se prestó mucha atención a otros programas de apariencia más técnica. Tal fue el caso de los Programas que desarrolló la Subdirección de Servicios Técnicos en la ingente y poco vistosa tarea de sistematización de las normas internas y de la documentación técnica, así como en la mejora de la técnica jurídica de la gestión. No eran tareas menores por cuanto la profusión normativa del sistema de seguridad social era incommensurable y consecuencia directa del proceso de reforma silenciosa que desde 1972 se llevaba a cabo para “parchear” un sistema que ya no respondía a la nueva realidad social y económica del país. Las normas internas, cuyo número superaba el de 3.000, fueron refundidas, sistematizadas, actualizadas y se reguló un proceso nuevo que evitara tener que acudir sistemáticamente a la reinterpretación de las normas, tarea en la que los técnicos jurídicos del INSS eran pródigos hasta el paroxismo, propiciando ese crecimiento del cuerpo de normas internas que había terminado por ser desordenado, poco práctico, y fuera del control de una producción normativa digna de ser tenida por tal. A título

de ejemplo cabe recordar que el primer esfuerzo de revisión descartó el 90% de las normas que aún se consideraban vigentes.

Igualmente cabe destacar el esfuerzo de la Subdirección de Relaciones Internacionales con sus Programas de mejora de las Prestaciones Internacionales (un núcleo de pensiones basadas en los convenios internacionales suscritos por España y cuyas dificultades de gestión llegaba a introducir demoras de hasta 5 años en la resolución de las más complejas) y la Subdirección de Administración y Análisis Presupuestario con sus Programas específicos de mejora que ayudaron de manera decidida al acompañamiento presupuestario de todo el proceso y muy especialmente a la elaboración de informes que eran presentados de forma comprensible a los Órganos de Control de los Agentes Sociales.

6. LOS RESULTADOS

A mediados de 1992 el salto en la capacidad de gestión estaba plenamente consolidado y la mayoría de los Programas de Trabajo estaban cumplidos. La tramitación y el pago se realizaban sin sobresaltos en el interior de un sistema informatizado con procedimientos inteligentes, la asignación de los recursos era coherente, los indicadores eran positivos, los ciudadanos disponían de una red cercana y pensada para su atención personalizada y la opinión generalizada dentro y fuera de la institución era satisfactoria. Un 83% de los usuarios consideraba correcto el tiempo de trámite de su pensión, un 96% estimaba que la atención recibida era positiva y sólo el 1,8% la consideraba incorrecta, porcentajes que teniendo en cuenta la materia que se gestiona (rentas) ponía de manifiesto no sólo una magnífica opinión del papel de la organización sino, lo que era el objeto de todo el esfuerzo, que el objetivo se había cumplido.

Por el camino el sistema se había ampliado en esos 5 años en casi un 50% y el potencial de gestión atesorado en la organización había permitido al Ministerio encomendarle nuevas tareas intensivas como la campaña de implantación de las nuevas prestaciones familiares. Todos los tiempos de trámite de las prestaciones eran inferiores a un mes y, en la mayoría de las direcciones provinciales no superaban los 15 días. La revalorización automática estaba consolidada y las actividades de información habían contribuido decisivamente a crear un clima de confianza entre la administración y los ciudadanos. El rigor jurídico y la calidad de los datos de los que ya se disponía habían permitido reducir considerablemente la litigiosidad. La gestión del INSS ya no era un problema. Los agentes sociales reconocieron el esfuerzo y las fuerzas políticas también. Los empleados públicos se sentían orgullosos de su resultado.

Pero con todo el mayor factor del cambio fue el asentamiento de una nueva cultura en la organización basada en los nuevos valores del servicio público a la que se adhirió todo el personal. La función directiva fue objeto de un cambio radical basado en los procesos de participación y la generación de un nuevo modelo de liderazgo cooperativo y la función administrativa pasó a tener un claro componente gerencial, a cliente y resultado. El vehículo para transportar esa nueva cultura fue la formación del personal. Así, si en el año 1987 se gestionaron en el INSS 53 cursos, centralizados todos ellos, a los que asistieron 1.546 personas con 900 horas lectivas realizadas, en 1991 esta actividad, esencial para apoyar el proceso de cambio cultural y de gestión, se había multiplicado por 30, realizándose 897 cursos (basados en la descentralización sobre 10 zonas de formación) a los que asistieron 15.217 funcionarios en 25.493 horas lectivas. Debo señalar que no era una formación al uso sino altamente enriquecedora con el aprendizaje de muy diversas técnicas que incrementaban el bagaje y la calidad profesional de todos los equipos.

7. CONCLUSIONES

No cabe duda alguna acerca de que la experiencia de cambio integral desarrollada por el INSS ocupa un lugar principal en el balance de los procesos de modernización que las administraciones públicas llevaron a cabo en España. El análisis de la estrategia seguida sigue siendo de gran utilidad para todos aquellos que estén interesados en los procesos de fortalecimiento institucional y de cambio organizacional. El carácter integral de las reformas introducidas es uno de sus rasgos distintivos pero, adicionalmente, destacan lo novedoso de sus planteamientos en la formulación de los conceptos que sirvieron de base para el cambio de sus estructuras, métodos de trabajo, procesos y servicios y que suponían una ruptura clara y buscada de propósito con todo el sistema anterior.

En todo caso pone de manifiesto que es posible operar cambios profundos en el funcionamiento de las organizaciones públicas y convertirlas en organizaciones altamente sofisticadas en su funcionamiento interno y altamente capacitadas para la prestación de servicios a sus usuarios, los ciudadanos. Y que esos cambios son la consecuencia directa de relacionar sin ambages el análisis crítico de la organización con el propio potencial que la organización atesora para gestionar su reorganización y adaptarse a los nuevos requerimientos.

También pone de manifiesto que el proceso ha de hacerse con la complicidad del vértice de responsabilidad política pero sin esperar que éste lo impulse porque el poder político no siempre es consciente de la importancia que tiene la correcta

ejecución de las políticas públicas por una buena administración, olvidando, tal y como Charles Lindholm destaca, que *“La implementación siempre desarrolla o cambia las políticas en algún grado”*. Los procesos de cambio en el sector público requieren, ciertamente, la existencia de un mandato político/administrativo. Si bien ese mandato es condición necesaria no es condición suficiente. El factor determinante de la capacidad de cambio en el sector público es el de percepción de una crisis organizativa que exige que la organización abandone sus inercias y se convoque colectivamente a un proceso de adaptación. Lo anterior determina que los liderazgos son necesarios pero han de ser asumidos colegiadamente por los referentes de la organización. Por ello cabe afirmar que la responsabilidad de los directivos del sector público comporta su obligación de proponer los procesos de cambio y producirlos en cualquier contexto y sean cuales sean las dificultades que se afrontan. Asimismo, también demuestra que la secuencia temporal necesaria para introducir reformas de gran intensidad se compadece mal con los tiempos que la gestión política maneja y que, lejos de dejarse guiar por el corto plazo propio del tempo de la política, es preciso disponer de una perspectiva temporal amplia en el contexto del tempo que la organización maneja. Todo lo cual lleva a considerar de menor condición el propio papel que uno cumple en el liderazgo y ejecución de procesos que tienen una duración que excede el tiempo que un directivo llega a permanecer al frente de su organización.

Esa constatación es la que obliga a poner en valor la importancia de que el proceso que se impulsa radique en un grupo tan amplio de agentes del cambio como sea posible ya que, más allá de los inevitables relevos, sus miembros permanecerán en la gestión y profundización de las reformas. Toda organización dispone en su interior de tales activos. La dirección encargada del proyecto ha de saber detectarlos y asociarlos a su iniciativa, incentivarlos, reforzar su liderazgo e introducirlos en la elaboración de las estrategias. Ellos son los que transportan en su organización los rasgos de la cultura y los valores que hay que incorporar al rediseño organizativo. Ello no sólo no empece a la conveniencia de contar adicionalmente con agentes externos que asesoren los procesos sino que es la garantía de que las aportaciones de éstos se compadezcan con las necesidades y demandas que la organización debe atender. Así, la formación de estructuras matriciales que el INSS realizó para acometer sus reformas encierra una de las claves del éxito porque permitió la puesta en común de todos los actores al margen de la rigidez de las estructuras formales y la combinación de experiencias y saberes.

Del mismo modo, uno de los factores decisivos del esfuerzo realizado por el INSS fue el acierto con el que se supo definir el perfil del nuevo directivo en cuya formación se invirtieron grandes energías pero cuyo resultado inmediato fue un alto

nivel de cualificación como gerentes de sus organizaciones y su elevado grado de compromiso con las reformas y los resultados, sirviendo de catalizadores de procesos similares y en escalón con los distintos niveles de la organización, especialmente allí donde era más necesario, en la periferia de la organización tanto porque allí era donde se decidía el éxito o el fracaso de la estrategia de servicios como porque era precisamente allí donde se producía la estrecha relación entre el organismo y sus clientes. Lograr un núcleo de funcionarios con la capacidad de comprometerse con la nueva visión es decisivo.

Pero este caso también permite otras aseveraciones, como por ejemplo que las organizaciones públicas se comportan ante procesos de cambio del mismo modo que las organizaciones privadas. Su mayor diferencia no es otra que el alto grado de cristalización que se puede observar en las organizaciones públicas por lo que a los modelos organizativos, procesos y métodos se refiere. Esto es, la cultura jurídicista y reglamentista propia de las organizaciones muy burocratizadas termina por consolidar un estado de cosas que tiende a hipervalorarse por ellas mismas y que termina por transportar una cultura de “banco pintado” que nadie cuestiona aunque nadie sepa por qué sigue ahí. Frente a esas culturas es posible intervenir con éxito siempre que se sea consciente de que el liderazgo y la cultura son dos caras de la misma moneda y que lo que realmente hacen los que lideran procesos es crear y administrar cultura, sumando a la que ellos mismos transportan la que ya existe en la propia organización.

Finalmente, este análisis también permite poner de relieve que el diseño de las políticas públicas requiere tomar en consideración las capacidades gerenciales y administrativas necesarias para su implementación. Esas capacidades están disponibles en el interior del sistema pero a veces parece que ponemos más empeño en neutralizarlas e inmovilizarlas que en activarlas y aprovecharlas. Toda organización tiene conocimiento y talento pero lo derrochamos cuando no lo ponemos al servicio de las reformas y el cambio demostrando nuestra incapacidad colectiva para adaptarnos a las nuevas realidades. Como dice Michel Croizer en su libro *La Crisis de la Inteligencia*, *“Hay que reformar trabajando sobre la inteligencia. El cambio sólo es posible mediante la transformación de los hombres y los hombres cambian cuando un modelo intelectual demuestra su superioridad. Puede parecer utópico, pero si analizamos la evolución de los asuntos humanos, nos damos cuenta de que, finalmente, el cambio de las prácticas se ha producido gracias a la aparición de nuevos razonamientos”*.

Capítulo VIII

LAS PENSIONES PÚBLICAS ENTRE LA REFORMA Y LA SOSTENIBILIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY 23/2013

Aurelio Desdentado Bonete

Magistrado jubilado del Tribunal Supremo
Profesor honorífico de la Universidad Carlos III de Madrid

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: UNA BREVE PRESENTACIÓN DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA SOSTENIBILIDAD

Continúo aquí, al hilo de este homenaje a Adolfo Jiménez —una persona tan fundamental en la política social del periodo que se cerró a finales del pasado siglo y a la que tanto debe nuestra Seguridad Social—, las reflexiones que ya inicié en la ponencia presentada en octubre de 2013 en el seminario organizado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre las últimas reformas de la Seguridad Social. Cuando comencé esta reflexión, las nuevas medidas de sostenibilidad estaban en la fase de proyecto. Ahora, cuando reviso y reescribo estas líneas, el Boletín Oficial del Estado de 26 de diciembre de 2013 ha publicado la Ley 23/2013, que regula el factor de sostenibilidad y el índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social. La ley va precedida de un preámbulo que describe su contenido y expone la justificación de sus medidas.

Esa justificación opera en dos planos. El primero insiste en lo que podríamos llamar la “genealogía” de la Ley; una genealogía que trata de vincularla, por una parte, con determinados instrumentos europeos —el Libro Blanco de 2012 y el documento sobre la adecuación de las pensiones 2010-2050— y, por otra, con algunas previsiones legales anteriores que ya contemplaban el establecimiento de medidas de sostenibilidad. En este sentido se citan la nueva disposición adicional 59ª de la

Ley General de la Seguridad Social introducida por la Ley 27/2001 y el art. 18.3 Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. También hay una referencia a algunas recomendaciones del Pacto de Toledo en la versión de enero de 2011, que precedió a la reforma de ese año.

El segundo plano de la justificación se concreta en una descripción crítica de los graves problemas a los que se enfrenta hoy lo que se ha dado en llamar nuestro “sistema” de pensiones; término discutible porque lo que existe —bien es cierto que cada vez más fragmentado— es un sistema de Seguridad Social dentro del cual están las pensiones. Los problemas mencionados son, por una parte, el envejecimiento de la población, con el deterioro de la tasa de dependencia, y el impacto del *baby boom*, que el preámbulo sitúa en el periodo 2025-2060. Pero, por otra parte, está también la crisis económica con dos secuelas que cierran la posibilidad de atender al crecimiento del gasto: la crisis del empleo, que mina la financiación contributiva, y la crisis fiscal, que impide recurrir a las aportaciones del Estado. En fin, una situación límite: un gasto que se dispara mientras menguan los recursos.

Este análisis debe mucho al informe del comité de expertos¹, que, tras un trabajo realmente acelerado, se formuló en junio de 2013. Las medidas adoptadas por la Ley están también en la línea de ese informe que propugnaba la incorporación de un factor general de sostenibilidad (FS), integrado, a su vez, por dos factores: un factor de equidad intergeneracional (FEI), que pondera la cuantía inicial de las pensiones de jubilación en función de la esperanza de vida de los beneficiarios que acceden a la jubilación, y un factor de revalorización anual (FRA), que somete la actualización de las pensiones a la relación existente en cada momento entre ingresos y gastos del sistema de pensiones. En la regulación legal este esquema cambia los nombres. No hay factor de sostenibilidad general, pero continúan con alguna variación los otros factores. El factor de equidad intergeneracional se convierte en el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación con la misma función de relacionar su cuantía con la esperanza de vida y el factor de revalorización pasa a llamarse índice de revalorización con la misión de subordinar la actualización de las pensiones a la situación financiera del sistema. Vista en su conjunto, la nueva regulación introduce un ajuste automático que viene a sumarse a las medidas que en la misma línea de reducción del gasto se habían adoptado ya con la congelación de las pensiones en 2011, con la Ley 27/2011 y los diversos recortes aplicados en los años 2012 y 2013².

¹ AA. VV. “Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones”, 7 de junio de 2013.

² Un examen crítico de estas medidas en B. SUÁREZ CORUJO, “El sistema público de pensiones: crisis, reforma y sostenibilidad”, de próxima publicación en Aranzadi.

Más adelante examinaré, dentro de mis limitaciones —soy jurista, no economista—, esta justificación de la reforma. Me limitaré ahora a decir algo de las otras justificaciones. Es cierto que las medidas de la Ley 23/2013 se inscriben dentro de una corriente general de reformas que parten de una preocupación por la viabilidad del régimen de pensiones públicas y que tratan de hacer frente al incremento del gasto mediante una reducción de la cobertura, abriendo así un espacio para el desarrollo de los regímenes privados financiados por capitalización³. Pero lo que sorprende en las medidas españolas es el carácter radical que surge del efecto de una acción acumulativa en el tiempo y de una orientación unilateral que, como veremos, se centra en la simple reducción del gasto sin plantear posibles acciones que mejoren la eficiencia del sistema y sin abordar una revisión de las prioridades de un esquema ya bastante obsoleto de protección.

En este sentido puede hablarse de la “soledad” de la nueva regulación. Las recomendaciones europeas que invoca el preámbulo son más matizadas. En ellas se habla de un equilibrio entre la adecuación y la sostenibilidad de las prestaciones y se previene frente a la tendencia a lograr el equilibrio “a través de reducciones de la futura adecuación”, advirtiendo que el reto consiste en crear instrumentos que “permitan a las personas resarcirse del declive de las tasas de reemplazo”, en especial cuando, dada la situación de los mercados de trabajo, no hay posibilidades de aplazar el retiro⁴. Es cierto que la Ley 27/2011 y la Ley Orgánica 2/2012 contienen previsiones sobre el factor de sostenibilidad, pero se trata de previsiones más moderadas: la de la Ley 27/2011 contempla de forma general una revisión de los parámetros fundamentales del sistema —no solo de la cuantía de la pensión de jubilación— en función de la esperanza de vida. Por su parte, el art. 18.3 de la Ley Orgánica 2/2012 se limita a prever revisiones también generales de acuerdo con el factor de sostenibilidad cuando “se proyecte un déficit a largo plazo”. En cuanto al Pacto de Toledo, sus recomendaciones no suelen ser un modelo de precisión, pero no contemplan una reducción de la pensión de jubilación en función de la evolución de la esperanza de vida y sobre la política de revalorizaciones solo se señala la conveniencia de estudiar, pero “para su posterior análisis y valoración por la Comisión”, la posibilidad de utilizar otros índices de revalorización, como el crecimiento de los salarios, la evolución de la economía o el comportamiento de las cotizaciones a la Seguridad Social.

³ B. Palier, “La reforma des retraites”, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, pp. 65 y ss.

⁴ Consejo de la Unión Europea (Comité de Protección Social), “Informe sobre la adecuación de las pensiones, 2010-2050”, Bruselas, mayo 2012.

2. LAS MEDIDAS DE LA SOSTENIBILIDAD: DESCRIPCIÓN Y CRÍTICA

a) El factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación y el índice de revalorización

En este apartado vamos a exponer, de forma breve y desde una perspectiva muy general, cómo funcionan las medidas de sostenibilidad previstas en la Ley 23/2013 —el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación y el índice de revalorización— para luego formular algunas reflexiones críticas.

a') El factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación

El factor de equidad intergeneracional (FEI) se ha convertido en el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación. La Ley lo define en su art. 1 como “un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas” a través de la fórmula que la propia norma establece. De esta forma, el factor actuará sobre la determinación inicial de las pensiones de jubilación, relacionando ese importe inicial a la evolución de la esperanza de vida a los 67 años calculada en periodos de cinco años (art. 4). Por ejemplo, 2012 en 2017 y 2017 en 2022. De esta forma, a mayor esperanza de vida de cada grupo corresponderá una pensión menor y viceversa. Carezco de competencia para valorar la incidencia práctica de la norma. Pero el informe de los expertos preveía que el factor de equidad intergeneracional determinaría una reducción media de un 5% cada 10 años, un 0,5 al año. El informe señala también que “es poco probable que implique una caída de la pensión en términos reales”, porque “se disfrutará más tiempo”. Se juzga así en términos de capitalización, pero la pensión será menor, aunque se cobre más tiempo.

Para la comprensión del alcance del factor hay algunos datos que hay que tener en cuenta:

1º. El ajuste se aplicará solo a las pensiones de jubilación, quedando excluidas las pensiones por muerte y supervivencia e incapacidad permanente.

2º. La aplicación del factor de sostenibilidad comenzará en 2019, con lo que, según el preámbulo, se pretende establecer un periodo suficientemente amplio para que los potenciales pensionistas de jubilación puedan “ser informados de las consecuencias prácticas del factor y tomar medidas, en caso de considerarlo necesario”.

3°. Se excluyen del efecto del factor de sostenibilidad las pensiones que resulten de la aplicación de los complementos por mínimos, si bien el factor se aplicará para determinar la cuantía de la pensión y luego operará el mínimo (art. 6), con lo que éste gana terreno a la pensión. En la práctica tampoco tendrá incidencia el factor en las pensiones máximas topadas, pero sucederá lo mismo: la pensión inicial se reducirá por aplicación del factor y luego, si hay margen, quedará topada.

b') El índice de revalorización

El índice de revalorización es el segundo componente de la sostenibilidad y se aplica a la evolución de la cuantía de las pensiones a lo largo del tiempo. El art. 7 de la Ley modifica el art. 48 de la LGSS, que establecía la garantía de actualización de las pensiones en función del índice de precios al consumo previsto para el año entrante, con compensación posterior de la previsiones del IPC inferiores, pero no de las superiores. Este precepto bastante garantista comenzó a erosionarse con la crisis: se ha excluido su aplicación en varias ocasiones a partir del 2011⁵.

Se establece ahora que las pensiones contributivas —incluido el importe de la pensión mínima— se revalorizarán al comienzo de cada año de acuerdo con “el índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. Pero, a continuación y mediante una fórmula matemática, fija ese criterio con carácter general, criterio que se supone que habrá de tener en cuenta la Ley de Presupuestos. Luego me referiré a esa tentativa de vinculación de la norma futura. Ahora basta con señalar que la fórmula legal tiene en cuenta los ingresos y los gastos del sistema de la Seguridad Social, el número de pensiones contributivas, el efecto de sustitución (elevación de las cuantías, como consecuencia de las altas y bajas de pensiones) y el número de pensiones.

El índice de revalorización se aplicará a todas las pensiones contributivas del sistema y no solo a la pensión de jubilación. Su aplicación ha comenzado con la revalorización de 2014⁶. No hay aquí periodo de gracia para adaptarse al cambio, pues en ese caso escaparían todas las pensiones causadas y el efecto de la norma sería, de momento y por bastante tiempo, nulo. La Ley ha previsto unos topes de garantía —uno para los pensionistas y otro para las finanzas del sistema— pues

⁵ En los Reales Decretos-Leyes 8/2010 y 28/2012.

⁶ Disposición final 5ª de la Ley 23/2013 en relación con los arts. 37 a 47 de la Ley 22/2013, de presupuestos del Estado para 2014, y con el Real Decreto 1043/2013.

habrá siempre una revalorización de, al menos, el 0,25% del IPC previsto y no podrán actualizarse por encima del IPC más de un 0,50.

El resultado de estas medidas será una importante reducción de las cuantías de las pensiones y no solo durante la crisis, sino también en el futuro mientras la tasa de dependencia siga aumentando. El informe lo dice claramente: habrá una disminución significativa de la pensión media sobre el salario medio y se reconoce también que esa disminución es de tal envergadura que “podría dificultar la consecución de uno de los objetivos que la Unión Europea recomienda para los sistemas de pensiones: mantener unos estándares de bienestar económico de la población jubilada próximos a los que mantenía en su etapa activa”.

b) Una valoración crítica de las medidas de sostenibilidad

a') Crítica de la regulación del factor de sostenibilidad en sentido estricto

Estas son las líneas generales de la reforma. Pasemos ahora a una valoración crítica comenzando por el factor de sostenibilidad de la pensión de jubilación, valoración que puede exponerse en los siguientes puntos:

1º. Hemos visto que la aplicación de este factor determinará una caída de la cuantía inicial de las pensiones que se intensificará con el tiempo y que será relevante a largo plazo ¿Llegará al punto cero? No, porque siempre está el suelo de las pensiones mínimas y porque el sistema se someterá a adaptaciones, aparte de que hasta el aumento de la esperanza de vida tendrá un límite.

2º. La reducción de las pensiones a través del factor de sostenibilidad en sentido estricto se justifica, tanto en el informe de los expertos como en el preámbulo de la Ley, a partir de la equidad intergeneracional, aunque el preámbulo es más prudente y habla solo de equivalencia. No comparto esta justificación. La equidad es para los juristas una forma de aplicación de las normas que tiende a moderar su rigor en virtud de la ponderación de las circunstancias del caso. De manera más general, se considera como equidad “la disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”. Lo que expresa el factor de sostenibilidad es más bien un criterio conmutativo que relaciona la cuantía inicial de la pensión con el tiempo que se considera que va a ser percibida. Se expresaría más o menos así: “como voy a pagar durante más tiempo, te voy a reconocer una pensión menor”. Esto puede responder a la lógica mercantil, pero es extraño a las técnicas de protección social, de acuerdo con las que una situación de necesidad debe protegerse de forma suficiente, mientras dura. Hay ciertamente excepciones, como las prestaciones de desempleo, pero,

aparte de que responden a criterios que no rigen para las pensiones⁷, no se trata de ejemplos a imitar, sino de limitaciones a corregir. Además, una vida más larga genera más necesidades; no menos. Por otra parte, la norma no parece haber considerado la situación de quienes han demorado su jubilación más allá de la edad pensionable legal: ¿se aplicará el cómputo a los 67 años o se tomará la edad efectiva de cese en el trabajo? ¿Dónde está la equidad para los que viven menos de lo que marca su esperanza de vida? Y ¿para los que van a vivir menos como consecuencia de un trabajo insalubre o peligroso? Como dice ESPING-ANDERSEN, “la muerte no es democrática”: los ricos viven más que los pobres⁸. Estamos simplemente ante una medida general de contención del incremento del gasto que para el sistema de pensiones se deriva del crecimiento de la esperanza de vida.

3º. ¿Por qué el factor de sostenibilidad se aplica solo a las pensiones de jubilación y no a las de incapacidad permanente o viudedad? No encuentro ninguna explicación satisfactoria. Los pensionistas de jubilación cobran normalmente durante menos tiempo que los restantes y han realizado un esfuerzo contributivo mayor. Así que no se advierte una justificación de ese trato diferente. Quizá estamos también ante una mera medida de ahorro: los pensionistas de jubilación son más y la cuantía de su pensión es también superior⁹.

4º. Las consideraciones anteriores no suponen que no haya de tenerse en cuenta la esperanza de vida a la hora de determinar la cuantía de las pensiones, pero pienso que debería hacerse de forma general para todas las pensiones y en un periodo suficientemente amplio, reduciendo o aumentando la tasa de sustitución en función de las previsiones.

b') Crítica del índice de revalorización

No puedo juzgar la articulación técnica del índice de revalorización, porque es una cuestión que queda fuera de mi competencia. Considero razonable que el sistema de Seguridad Social no actualice las pensiones en función del IPC cuando no tiene recursos para asumir ese gasto porque está en situación de déficit y no creo que la

⁷ La incentivación de la búsqueda de empleo.

⁸ G. ESPING-ANDERSEN y B. PALIER, “Los tres grandes retos del Estado del bienestar”, Ariel, Barcelona, 2010, p. 101.

⁹ Las pensiones de jubilación ascendían a 5.330.000 en 2012 y su importe medio era de 946,35 € mensuales; las de incapacidad permanente eran 943.300 con una cuantía media de 887,29 €; las de viudedad 2.322.940 en importe medio de 601,55 €, según datos del Anuario de Estadísticas Laborales de 2012.

solución sea la de la cigarra: seguir disponiendo del Fondo de Reserva hasta que se agote¹⁰. Por tanto, la regulación del art. 48 de la LGSS no se puede mantener en épocas de crisis y no se ha mantenido, como muestra la experiencia reciente.

¿Cuál es la alternativa? De momento, una salida podría ser volver al régimen de revalorizaciones “ad hoc” discrecionales, ponderando en cada decisión de actualización una serie de factores indicativos (la elevación del nivel medio de los salarios, el IPC, la evolución general de la economía y las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social). Este es el sistema que se aplicó desde la Ley 24/1972 hasta la reforma de la Ley 24/1997. Pero los expertos y el Proyecto prefieren el automatismo matemático del índice en los términos ya examinados. Hay aquí cierta ingenuidad jurídica, porque el índice no vinculará a las leyes de presupuestos por el principio de modernidad, como indicaré luego.

La aplicación de la fórmula va a tener, como hemos visto, efectos graves. Uno de los autores del informe de los expertos, el profesor Conde-Ruiz, ha advertido que “dada la crisis actual y el proceso de envejecimiento que tenemos por delante, en ausencia de reformas, los ingresos del sistema serán inferiores a los gastos por muchos años” y “esto significaría que, si nada cambia, tendremos un periodo de semi-congelación al 0,25% relativamente largo”¹¹. Los mecanismos de sostenibilidad son solo expresiones matemáticas del ajuste. La reforma debería replantearse ya las prioridades de gasto en el actual sistema y pensar, para momentos más propicios, los necesarios cambios de la financiación.

3. SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA REGULACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD

Las observaciones anteriores pertenecen al plano de la política social, pero la nueva regulación de la sostenibilidad suscita también algunos problemas jurídicos a los que hay que hacer una referencia.

¹⁰ Hay, sin embargo, visiones más optimistas sobre el futuro de la financiación de las pensiones. *Vid.* en este sentido el artículo de V. NAVARRO, “Las pensiones no están en peligro”, *El País*, 6 de febrero de 2013 y V. NAVARRO y J. TORRES LÓPEZ, “Lo que debes saber para que no te roben la pensión”, Espasa, Madrid, 2013. Una crítica de estas posiciones en M. BRODIN y S. JIMÉNEZ, “El coste de no reformar las pensiones: pan para hoy y hambre para mañana”, en “Nada es gratis” (FEDEA).

¹¹ J. I. CONDE-RUIZ, “Los retos del Factor de Sostenibilidad de las pensiones”, 12-9-2013, en el blog “Nada es gratis” de FEDEA; también “Sostenibilidad no es cuasi-congelación”, *El País*, 17-9-2013.

a) ¿Es constitucional la regulación de la sostenibilidad?

Esta sería la primera pregunta. Ya se han formulado algunas sospechas o tachas de inconstitucionalidad¹². Pero debemos ser prudentes en este punto por varias razones. En primer lugar, porque afortunadamente la Constitución no lo ha resuelto todo. Si fuera así se habría producido una congelación de las normas (“la tiranía de los muertos”, como dicen expresivamente los constitucionalistas americano) y un bloqueo del proceso democrático, pues nada nuevo podría decirse si todo está ya dicho por la Constitución. Es obvio que no es así y no debemos confundir un juicio político con un juicio jurídico de constitucionalidad. En segundo lugar, esa confusión responde quizá a que tendemos a rechazar como inconstitucionales las opciones políticas de las que discrepamos con alguna vehemencia. Los mandatos constitucionales son, para utilizar la expresión de Hart, normas de “textura abierta” que, claro, solemos integrar con nuestras valoraciones personales, descalificando las contrarias. Pero el Tribunal Constitucional ya advirtió que la Constitución es “un marco amplio de coincidencia en el que caben distintas opciones políticas” (STC 11/1981), lo que quiere decir, en lo que aquí interesa, que, dentro de la Constitución y dentro también de ciertos límites, cabe una política de protección social tanto de izquierdas, como de derechas, y que las preferencias sobre una u otra las expresamos con el voto, aunque sería de desear que estas opciones se nos presenten tal como son cuando tenemos que votar sobre ellas.

Pero veamos cuáles son los problemas de constitucionalidad en la regulación de la sostenibilidad.

La primera sospecha surge en relación con el índice de revalorización, que, como hemos visto, puede llevar en la práctica a una “semicongelación” de las pensiones; resultado que cabe contraponer al mandato del art. 50 CE sobre la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. Pero este precepto pertenece a los denominados principios rectores que, por su elasticidad, tienen un nivel de garantía más reducido, pues, según el art. 53 CE, se limitan a informar la legislación positiva. El Tribunal Constitucional ya ha señalado que del art. 50 de la Constitución “no puede deducirse... que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual”, añadiendo que tampoco puede “prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento” y que no cabe “olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un

¹² Vid. en este B. SUÁREZ CORUJO, “El sistema público de pensiones...”, citado.

gran número de necesidades sociales”, por lo que se concluye que “la garantía de actualización periódica no supone obligadamente el incremento anual de todas las pensiones” (SSTC 134/1987 y 100/1990). Por otra parte, el índice de revalorización no lleva por sí mismo a la semicongelación, pues expresa solo una relación entre variables y deja libre a la acción política para ajustar esas variables de manera que sea posible una revalorización aceptable.

Por lo demás, no debe olvidarse que la regulación de la sostenibilidad enlaza con el mandato de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución.

La segunda sospecha se relaciona con el principio de irretroactividad (art. 9.3 CE). Pero el factor de sostenibilidad no es retroactivo, sino más bien ultraactivo, pues solo se aplicará a las pensiones que se causen a partir de 1 de enero de 2019. En cuanto al índice de revalorización, es cierto que se aplica a las pensiones ya causadas, pero solo respecto a las revalorizaciones futuras, lo que no es fácil que se considere inconstitucional a la vista de la doctrina existente: “lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir” (STC 42/1986) o, dicho de otra forma, en la aplicación “de futuro” de un nuevo criterio de revalorización a las pensiones ya causadas no hay retroactividad “auténtica”, ni quizá retroactividad impropia (STC 176/2011).

¿Hay discriminación indirecta por sexo en la regulación de la sostenibilidad? Se suele citar sobre esta cuestión la STJUE de 20 de octubre de 2011 en el asunto Brachner. En este asunto se apreció discriminación indirecta en una norma de actualización de pensiones que aplicaba un porcentaje de actualización inferior a las pensiones más reducidas, dentro de las cuales el número mayor de perceptores eran mujeres. Se declaró también en esta sentencia que esa desventaja no podía justificarse por el hecho de que las mujeres accedan antes a la pensión de jubilación, ni porque perciban su pensión durante más tiempo.

No parece que éste sea el caso de la regulación de la sostenibilidad. El índice de revalorización no prevé incrementos diferentes por colectivos y no hay ningún dato que permita establecer una afectación superior de las mujeres como consecuencia del nuevo sistema. Es cierto que en términos absolutos las pensiones inferiores —grupo en el que proporcionalmente están más representadas las mujeres— se revalorizan menos, pero ésta es la consecuencia de un sistema en el que para mantener el valor de la pensión se aplica un porcentaje de actualización que es igual para to-

dos con independencia de que los importes de las pensiones sean diferentes. Esto solo puede evitarse si se establecen —como se ha hecho en algunas ocasiones en nuestro país— tratamientos más favorables para las pensiones mínimas, es decir, lo contrario de que se hizo en el caso Brachner. Esos tratamientos más favorables ya no son técnicamente actualizaciones, sino “mejoras” que se han criticado por contradecir el principio de contributividad y por conducir a la llamada “igualación en los mínimos” que desalienta la cotización.

El factor de sostenibilidad, *rebus sic stantibus*, parece que perjudicará a todos, pero no especialmente a las mujeres, porque no es un factor individual, ni por sexo, sino por grupos de edad puramente cronológicos e indiferentes al género, con lo que perjudicará menos a las mujeres que tienen una esperanza de vida más alta que a los varones (85,01 frente a 79,26 años en 2012).

Más dudas plantea el factor de sostenibilidad por su concentración exclusiva en los pensionistas de jubilación que son los únicos perjudicados ¿Tiene este trato diferente alguna justificación a efectos del art. 14 CE? No he sido capaz de encontrarlo, como se ha dicho más arriba.

También parece que la nueva regulación hace padecer a la seguridad jurídica, pero de esto trataré más adelante.

b) ¿Sirven para algo las normas absolutamente futuristas?

Dice Toynbee en su “Estudio de la Historia” que el futurismo, como su contrario el arcaísmo, es una vía para escapar del presente sin enfrentarnos a los problemas que nos plantea ¿Pueden ser futuristas las leyes? Las leyes nacen con la vocación de establecer una regulación para el futuro. Pero se trata normalmente de un futuro que corre a partir del presente. Sin embargo, últimamente se han puesto de moda o se han hecho necesarias a partir de la crisis las regulaciones absolutamente de futuro, sean progresivas —es decir, poco a poco— o completamente anticipatorias. Este tipo de intervenciones normativas tiene la ventaja de remitir al futuro la entrada en vigor de medidas que de otra forma podrían tener un coste electoral significativo, mientras que, por otra parte, se transmite a quienes puedan estar interesados —los mercados, las instituciones europeas, etc.— la sensación de que se está haciendo algo. Un buen ejemplo de esta técnica es la Ley 27/2011.

La regulación de la sostenibilidad se inscribe claramente en esta línea. En primer lugar, el factor de sostenibilidad en sentido estricto entrará en vigor para las pensiones que se causen a partir de 1 de enero 2019. ¿Qué habrá ocurrido en esa fecha? De

entrada unas elecciones generales y la proximidad de otras que podrían producir cambios políticos susceptibles de traducirse en cambios normativos, sobre todo si se trata de una materia tan sensible como las pensiones.

En el informe de los expertos se advierte con alguna frecuencia la tentación de concebir la regulación del factor como una especie de superley, que vincularía a las regulaciones posteriores. Así, por ejemplo, en la página 7 se dice que “en lo concerniente a los canales democráticos”, es cierto que “el factor de sostenibilidad impone una serie de restricciones que han de cumplirse anualmente”. Pero se considera que esto no impide la acción política, si bien “el desarrollo de la fórmula... debe comprometer *totalmente* a los gobiernos presentes y futuros”, de forma que “los canales democráticos” solo “tienen en sus manos”: 1º) la definición del número de años a tener en cuenta en el cálculo de los valores medios de la fórmula, 2º) el parámetro que define la velocidad con que se corrigen los desequilibrios, 3º) las cláusulas que impiden la disminución nominal a los pensionistas actuales. En lo demás las fórmulas mandan.

Está claro que se trata de una ilusión tecnocrática que olvida algo fundamental: el principio de modernidad, en atención al cual las leyes se derogan por otras leyes posteriores. De ahí que el nuevo art. 48 LGSS, que incorpora el índice de revalorización no parece que pueda vincular *por sí mismo* a las futuras leyes de presupuestos. En realidad, como hemos visto, esto estaba ocurriendo ya con el actual art. 48, por lo que la regulación proyectada debe verse también con cierto escepticismo. Pese a lo que parece decir el nuevo artículo 48, podría, por tanto, afirmarse que las leyes de presupuestos incrementarán las pensiones en función del índice de revalorización siempre que no adopten otro criterio.

El efecto de vinculación podría venir, sin embargo, por la vía del nuevo art. 135 de la Constitución, que establece el principio de estabilidad presupuestaria y la prohibición de déficit estructural. En desarrollo de este artículo se ha dictado la Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que en su art. 18.3 prevé que el Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011. La remisión a esa ley opera en realidad sobre la disposición adicional 59ª de la Ley General de la Seguridad Social, a tenor de la cual “a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida de la población a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027”.

La cadena de remisiones nos ha llevado a un resultado sorprendente: el mandato de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la Constitución se concreta en el factor

de sostenibilidad, pero no alcanza al índice de revalorización. De ahí que el art. 7.1 de la Ley 23/2013, al dar nueva redacción al art. 48 de la LGSS, no tiene el apoyo de la Ley Orgánica 2/2012, por lo que las normas que sobre este índice contiene el Proyecto que se comenta entran en una relación normal con las otras, una relación que, tratándose de normas del mismo rango, se rige por el principio de modernidad. Por ello, no parece que puedan vincular a las leyes de presupuestos, si éstas deciden cambiar los criterios de revalorización.

c) Sostenibilidad y seguridad jurídica

Se ha dicho que la seguridad jurídica presenta dos dimensiones enlazadas: una objetiva, que se concreta en la exigencia de que las normas del ordenamiento jurídico se formulen de forma adecuada (garantía estructural) y se apliquen de la misma forma (garantía funcional) y otra dimensión subjetiva, que se manifiesta en el sentimiento de certeza del Derecho que se produce en los ciudadanos como consecuencia del respeto a las garantías anteriores¹³. Se añade que la garantía estructural para ser efectiva tiene que cumplir, entre otras, dos condiciones: la ley debe ser clara, es decir, sus mandatos deben ser comprensibles, y la ley debe ser completa, lo que significa que debe proceder a determinar de forma suficiente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, sea por sí misma o mediante la colaboración del reglamento.

Estas prescripciones derivan del art. 9.3 de la Constitución. No puedo hacer aquí un análisis sobre su cumplimiento por la Ley 23/2013. Pero siento verdadera inquietud o, si se prefiere, verdadera inseguridad, cuando leo y trato de comprender sus normas. Las fórmulas matemáticas sustituyen a las palabras a la hora de construir los mandatos. Este protagonismo de las fórmulas ya viene produciéndose desde hace tiempo en algunos sectores del ordenamiento (energía eléctrica, telecomunicaciones, etc.) y tiene precedentes en la propia legislación de la Seguridad Social, como las famosas fórmulas de los artículos 140 y 162 de la LGSS. Pero aquéllas son disposiciones de carácter técnico y van dirigidas fundamentalmente a especialistas y las fórmulas de la LGSS ilustran simplemente las proposiciones normativas sin sustituirlas. El proyecto va más allá, pues, como ya he dicho, las fórmulas sustituyen a las palabras; no se limitan a ilustrarlas. Por otra parte, las normas de seguridad social se dirigen a un amplísimo número de personas, que es probable que tengan dificultades para comprenderlas en todo su alcance; los que han de aplicarlas —funcionarios,

¹³ A. E. Pérez Luño, "Seguridad jurídica" en AA. VV., "El derecho y la justicia", Trotta, 1996; más ampliamente en "La seguridad jurídica", Ariel, 1991.

abogados y jueces— son además personas con una formación predominantemente de letras. Estas consideraciones ponen en cuestión el logro del objetivo de claridad.

Pero hay algo más preocupante. Las fórmulas están en función de una serie de datos que quedan fuera de la ley y fuera también de su eventual reglamento; son datos estadísticos o internos de los organismos gestores de difícil acceso o verificación. La norma queda así incompleta y se integrará no por otras normas publicadas, sino por decisiones o valoraciones de la Administración. Esto va a producir una opacidad nada desdeñable. Se habla, para salir al paso de esta crítica, de una aplicación transparente, de la publicidad del seguimiento de las tablas de mortalidad o de información a los pensionistas. Pero se trata solo de un buen propósito nada fácil de cumplir y más difícil de controlar.

4. UN APUNTE SOBRE LA SOSTENIBILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

Volvamos, después de este recorrido, a la segunda justificación de las medidas de sostenibilidad, la que las explica como respuesta a los graves problemas de financiación con los que se enfrenta nuestro sistema de Seguridad Social y, en particular, las pensiones. Carezco de competencia profesional para pronunciarme sobre este tema, pero pienso que no puede cuestionarse el hecho de que nuestro sistema se enfrenta a dificultades económicas importantes, que están bien expuestas en el informe de los expertos sobre el factor de sostenibilidad.

El envejecimiento de la población y la entrada en el régimen de pensiones de la generación del *baby boom* van minando el terreno. Los 9 millones de pensionistas actuales se convertirán en 15 millones en 2050 y la esperanza de vida a los 65 años, que es en la actualidad de 20 años, será en 2050 de 25 años. Más personas en edad de jubilación que viven más tiempo. Además los sistemas “maduran” y, al hacerlo, producen prestaciones mejores a un coste también mayor. Todo esto incrementa el gasto, mientras disminuyen los recursos. Por otra parte, la espectacular caída del empleo como consecuencia de la crisis económica reduce las cotizaciones y aumenta el gasto para atender a las situaciones de desempleo. Los afiliados en alta que superaban los 19 millones en 2007 son poco más de 16 millones en 2013. Los ingresos por cotizaciones han caído de 108.103,73 millones € en 2008 a los 102.839,2 previstos en 2014. El Fondo de Reserva se va agotando.

La capacidad de aumentar los ingresos es en la actual coyuntura prácticamente nula, porque el incremento de las cotizaciones tendría efectos negativos sobre el

empleo¹⁴ y la financiación con cargo a los presupuestos del Estado es impensable con el actual nivel de déficit público. El Estado tampoco podría legítimamente financiar un sistema profesional que otorga prestaciones diferenciales en función del nivel de los salarios. Para aumentar la aportación del Estado tienen que darse dos condiciones: 1ª) la superación de la actual crisis fiscal y 2ª) la reforma de los niveles de protección, de forma que puedan asignarse a prestaciones universales y uniformes las aportaciones estatales. Añadiría otra condición más polémica: es necesaria una reforma fiscal que incremente la progresividad del sistema.

En esta situación el factor de sostenibilidad aparece como una respuesta a la crisis de financiación, pero no lo es para la crisis de eficiencia¹⁵. Un sistema tan cerradamente contributivo como el nuestro —más de 9 millones de pensiones contributivas frente a bastante menos de 500.000 no contributivas— no es eficiente en la protección contra la pobreza, sobre todo frente a las nuevas formas de pobreza que está generando la crisis. Es un sistema profesional que protege a “los que están dentro” y han tenido una carrera de seguro estable, pero que deja sin protección o con una protección muy reducida a “los que no han entrado” o a “los que han salido” de él como consecuencia de desempleo de larga duración. Los datos son expresivos: un 6,4% de la población española está en situación de pobreza severa, un porcentaje que dobla el del año 2007. ¿Nos vale un sistema que lleva a este resultado?

Se trata además de un esquema de protección social centrado en las pensiones, pero que descuida otras ramas esenciales, como la protección a la familia y el desempleo. La desatención del desempleo conduce a que la protección contra éste se desvíe hacia las pensiones, que tienen un régimen de compatibilidad con el trabajo muy abierto, lo que al final resulta más caro y menos eficaz. Hay, además, un claro sobredimensionamiento de la rama de pensiones. Tenemos casi 2 millones y medio de pensiones de viudedad, cuando a comienzos de los 70 no llegaban al medio mi-

¹⁴ Se ha apuntado que cabe obtener más recursos eliminando los topes de las bases de cotización, lo que aumentaría la progresividad del sistema. Pero, si se eliminan los topes en la cotización, caben dos posibilidades. La primera consiste en eliminar también el tope de las prestaciones, con lo que el efecto de obtención de recursos será neutralizado, pudiendo provocar incluso un desequilibrio mayor. La segunda posibilidad consiste en que se elimine el tope de cotización, pero no el de prestaciones. Ahora bien, de esta forma, se establecería una medida de redistribución difícil de justificar tanto por su destino (la financiación de prestaciones diferenciales de carácter contributivo) como por la limitación de la carga que operaría solo sobre las rentas salariales altas y medias. Por otra parte, este tipo de medidas deslegitiman el sistema y acaban fomentando “rebeliones fiscales”.

¹⁵ Sobre la crisis de eficiencia, vid. P. Rosanvallon, “La crise de l’Etat-Providance”, Seuil, París, 1981.

llón. Las pensiones de incapacidad permanente, que en 1975 tampoco alcanzaban el medio millón, hoy se cifran en algo más de 900.000 y, si prescindieramos de la revisión estadística de 1997 —que trasformó en jubilados a los incapacitados con 65 años—, quizá rondarían el millón y medio. El número de pensiones de incapacidad permanente total supera con diferencia el de las pensiones de incapacidad absoluta. En el año 2012 más del 42% de las altas en la pensión de jubilación se producía en edades inferiores a los 65 años y tenemos una amplia gama de jubilaciones anticipadas. La edad media de jubilación estaba en 2012 en 63,90 años en el Régimen General.

Por otra parte, se cuestiona que algunas situaciones pensionables se correspondan realmente con situaciones de necesidad efectivas. Para el incapacitado permanente total o el viudo que trabaja la pensión es un mero complemento de las rentas del trabajo, pero para el que no trabaja la pensión suele resultar insuficiente. El incapacitado para su profesión habitual no es un inválido, si conserva su capacidad para otras profesiones; por ello, habría que protegerle como a un desempleado si ha perdido su empleo; claro que, como a un desempleado sin límite de la duración de la prestación, como debería hacerse, en mi opinión, con todos en la medida de lo posible y con adecuados mecanismos de control. Lo mismo sucede con el viudo o la viuda joven y sin cargas familiares o con los trabajadores menores de la edad pensionable que cesan en un ERE. Pero el problema es que el desempleo tiene una duración limitada y la pensión no. Así que, al final, todo se carga en la cuenta del régimen de pensiones. Pero se olvida que la protección del desempleo es menos rígida que la de las pensiones en términos de permanencia. Del desempleo se puede salir, aunque sea obligado; de la pensión normalmente, no. Por ello, a la larga, convertir en pensionables las situaciones de necesidad que no son permanentes resulta más caro que protegerlas con prestaciones de desempleo que no *retiran* del mercado de trabajo a los beneficiarios

Los resultados de esta opción por las pensiones están a la vista en términos de riesgo de pobreza: mientras que para los mayores de 65 años la tasa de este riesgo es de 16,9 para los menores de 16 años es del 25,9.

En este sentido el recurso a los mecanismos de sostenibilidad se inscribe en la línea de las reformas contables o de ajuste, que han sido las más numerosas —por no decir las únicas— en la historia de nuestra Seguridad Social. Se trata de un nuevo ajuste para controlar el gasto en una línea clara de reducción ante una nueva coyuntura crítica que se prevé más grave y persistente. Pero este es un planteamiento insuficiente, porque insiste de forma desequilibrada solo en uno de los polos de política social: la sostenibilidad a costa de la reducción de la protección.

La reforma que necesita la Seguridad Social española es una reforma más ambiciosa y más radical. El sistema contributivo profesional de corte bismarckiano, que ha sido hegemónico en nuestro país, tiene que abandonar su protagonismo, porque no protege o protege bastante mal las nuevas formas de pobreza. Hay que volver a Beveridge, por lo menos en parte o, mejor, hay que lograr una síntesis equilibrada de los dos sistemas.

Para ello hay que replantear las relaciones entre la protección social contributiva y la no contributiva, desarrollando y mejorando ésta, no solo en la rama de pensiones, sino en las prestaciones familiares y en el desempleo. La protección no contributiva debe dejar de ser asistencial para convertirse en universal. Tenemos que proteger al ciudadano y luego al trabajador; no al revés, primero al trabajador y luego a algunos pobres. De esta forma, se absorberá una buena parte del importe actual de las pensiones contributivas y se podrá cumplir una de las condiciones necesarias para ampliar la financiación fiscal de éstas: que se trate de prestaciones abiertas a todos los ciudadanos y de cuantía uniforme para cada situación de necesidad igual. Un cambio como éste necesitaría también una profunda reforma fiscal que mejore el nivel de ingresos y que incremente la progresividad de la distribución de la carga tributaria.

Es también necesario reformar el régimen jurídico de las pensiones con una delimitación más eficiente de las situaciones de necesidad protegidas para evitar la desviación que se produce actualmente por la protección de pasivos artificiales, en particular con las pensiones de viudedad e incapacidad permanente. También hay que limitar las jubilaciones anticipadas. Las situaciones de necesidad que no suponen una pérdida definitiva y completa de la capacidad de trabajo de las personas que no han cumplido la edad de jubilación deben protegerse por otras vías, en especial por las prestaciones de desempleo.

Un cambio de estas características presionará sobre la financiación de las prestaciones por desempleo, pero ya hemos visto cómo podrían limitarse otras partidas del gasto y obtenerse otros recursos. De todas formas, el tránsito no será fácil en una situación de crisis, y sobre su viabilidad y su desarrollo temporal los economistas tienen la palabra.

La conclusión es clara: no basta con la sostenibilidad; es necesario sostener una protección adecuada.

Capítulo IX

SEGURIDAD SOCIAL Y ASISTENCIA SOCIAL

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Autónoma de Madrid

Socio del Área Laboral del despacho Roca Junyent

*... lo que dejó de ser sin haber sido
volverá a ser como si no lo fuera
dándose en lo ganado por perdido ...*

JOSÉ BERGAMÍN

*(Madrid, 1895-San Sebastián, 1983),
¡Qué estúpido esperar desesperante!*

1. UNA DELIMITACION EQUÍVOCA

1. La delimitación entre la asistencia social y la seguridad social en el seno del Estado del bienestar social es apenas practicable, a no ser mediante un criterio estrictamente formal, identificando entonces una y otra técnica de cobertura a tenor de lo que el propio legislador califique como tales. Cuando apenas se había desarrollado la cobertura de las necesidades sociales, en el país que se tome como ejemplo, aquella frontera era relativamente fácil de trazar: por un lado los seguros sociales y, por otro, la beneficencia pública. Los elementos de diferenciación entre ambos campos eran tan numerosos que no se incurría en confusión. Algo bien distinto a lo que ocurre operada la transformación de los seguros sociales en un sistema de seguridad social, que se fundamenta en una idea-fuerza de universalidad, de protección del hombre desde “la cuna a la sepultura” según frase tópica de general aceptación y de indudable plasticidad. En el tránsito que lleva desde un conjunto inorgánico

de seguros sociales a un sistema unificado de seguridad social se oscurecen definitivamente las categorías conceptuales, que es lo que ocurrió con la famosa Ley 193/63. Una ley ésta que confirmará que a mayor progreso social mayor posibilidad de entremezclar las técnicas de cobertura. En uno de sus pasajes más olvidados, su didáctica Exp. Mot. (apartado III, punto 5) explica que ... *“la seguridad social, entendida como sistema de superación de los esquemas clásicos de previsión y seguros sociales, exige inexcusablemente un régimen complementario de asistencia social. Dentro de la seguridad social, la asistencia se configura por la ley como un sistema complementario en casos límite, de la protección dispensada por la primera; pero no se trata tanto de un régimen complementario de la seguridad social como sistema, cuanto de un régimen complementario de sus prestaciones. De este modo, la asistencia social actuará para paliar o eliminar los estados de necesidad en que puedan incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la ley cuando no se acredite el derecho a las prestaciones o se haya agotado el tiempo máximo previsto para su disfrute, incluidas las prórrogas, o resulten insuficientes para la satisfacción de las necesidades que las determinan”*. Dicho lo cual, el apartado VII de la Base Preliminar encarga al Gobierno el dictado *“de las disposiciones necesarias para coordinar las entidades y servicios de seguridad social con las que cumplan funciones afines a aquella, de previsión social, de sanidad pública, educación nacional y beneficencia o asistencia social”*.

Aunque, ciertamente, esta referencia a las dos técnicas de protección no sea modélica ni clara la configuración de la asistencia social, la doctrina más solvente ha podido encontrar en aquella regulación rastros evidentes del fraccionamiento de la asistencia social en dos secciones: la asistencia social interna al sistema de seguridad social y, por tanto, seguridad social formalmente, y la asistencia social externa al sistema de seguridad social y, por tanto, formalmente asistencia social.

2. Han de pasar quince años y vivir la experiencia de un texto articulado (1966) y de otro texto refundido (1974), para que el legislador se decida a reordenar la gestión de la seguridad social por el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, deslindando, con claridad no buscada hasta entonces, tres núcleos de cobertura social, el de las prestaciones económicas contributivas, el de las prestaciones sanitarias y el de las prestaciones económicas no contributivas y de cualquier otro orden. La competencia para gestionar las primeras se encomienda al INSS, las prestaciones sanitarias al INSALUD, y las prestaciones no contributivas económicas y de otro orden, repartidas entre el INSERSO y el INAS. El RD 2346/1981, de 2 de octubre, intenta una coordinación, nunca conseguida, entre la esfera de actividad del INSS y la esfera de actividad del INAS. Se pudo dejar claro, no obstante, que junto a unos servicios de asistencia social externos a la seguridad social, contaba ésta asimismo con servicios

de asistencia social internos. He ahí un magnífico punto de partida para marcar las lindes de las tres técnicas imprescindibles en un modelo contemporáneo de protección social que el constituyente tuvo la posibilidad de tomar como referencia, solo un mes después, con mucho mayor provecho del que recogieron sus preceptos. Porque la mayor deficiencia de la Constitución (CE) consiste en quebrar la simetría entre las técnicas protectoras de su parte dogmática y las competencias sobre las mismas, en la parte orgánica, distribuyendo desigualmente las reservadas al Estado y las atribuidas a las CCAA. En efecto, mientras que el sistema de seguridad social se regula dogmáticamente en el art. 41 CE y orgánicamente en el art. 149.1.17ª CE, y el sistema de salud lo hace, respectivamente, en los arts. 43, 148.1, 21ª y 149.1.16ª CE, el sistema de asistencia social queda desvertebrado, apareciendo simplemente la atribución competencial a las CCAA en el art. 148.1.20ª CE. Porque las citas literales a la “asistencia” —sin el apellido social— en los párrafos primero y segundo del art. 41 CE y a los “servicios sociales” en el art. 50 CE, más dispersan que aúnan los intentos delimitadores entre la asistencia social y la seguridad social.

3. Sin embargo, la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la seguridad social, supone un esfuerzo clarificador que no puede pasar inadvertido. Dos pasajes de su Exp. Mot. son reveladores de la importancia conferida a la asistencia social, dentro y fuera del sistema de seguridad social. Se lee, así, que ... *“las medidas que se aprueban en la presente ley se inscriben en esa primera fase de rectificación de los defectos y desviaciones más notorias y urgentes, y persiguen los siguientes objetivos: reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez; correlativa mejora de la protección no contributiva; mejora de la eficacia protectora por la reordenación de los recursos y racionalización de la estructura del sistema”* (párrafo cuarto) ... Y, más adelante, se insiste en ... *“la revisión conjunta de otras manifestaciones protectoras, hasta ahora reguladas con independencia de las prestaciones de la seguridad social, inicia la transición hacia un nuevo modelo universalista y unitario de protección social en orden al cumplimiento de los mandatos constitucionales. En este sentido, la ley dispone un incremento adicional en la cuantía de las pensiones asistenciales para personas sin recursos que, al tiempo que mejora en general la condición de sus beneficiarios, intensifica su carácter de protección supletoria para aquellas personas que sean declaradas incapacitadas permanentes o que lleguen a la vejez sin reunir los periodos mínimos de cotización exigidos para el acceso a las pensiones contributivas. El siguiente paso habrá de ser una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan*

de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia” (párrafo sexto). Un renovado sistema de seguridad social, pues, no incompatible con el modelo dogmático de la misma en la CE, y fraccionado en dos ámbitos, a saber, el de las prestaciones contributivas, o tradicional, y el de las prestaciones no contributivas o asistenciales, ambos de competencia del Estado. La competencia del Estado se desarrolla al margen del sistema asistencial externo al sistema de seguridad social, del que la CE no ofrece elementos de configuración, pero lo remite a la competencia exclusiva a las CCAA.

4. Coincidiendo con los trabajos preparatorios de la que será la Ley 26/85, la Generalidad de Cataluña planteó, ante el TC un conflicto positivo de competencia para lo que exageradamente se calificó de “asalto” a la Caja única de la Seguridad Social. Algunas CCAA perseguían por ese tiempo engrandecer sus competencias de seguridad social, basándose en la literalidad del art. 149.1.17ª CE, a la vez que ignoraban las posibilidades que el art. 148.1.20ª CE les reconocía en materia de asistencia social. Pretensiones abortadas por la tormentosa sentencia 124/1989, de 7 de julio, atribuyendo las competencias controvertidas al Estado y no a las CCAA. Una sentencia cuestionada en el seno del Tribunal, pues el plenario se fraccionó en seis contra seis votos, decidiendo el voto de calidad del Presidente, aunque sentencias posteriores consolidaron la tesis triunfante.

5. La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, fracciona definitivamente en dos, el campo protector del sistema de seguridad social, incluyendo dentro de dicho sistema, las prestaciones contributivas y las prestaciones no contributivas. Es cierto que el legislador pudo caracterizar el área no contributiva como propio del sistema de asistencia social y, por ende, sujeto a la competencia de las CCAA. Pero no actuó de tal manera y la opción adoptada no tuvo oposición contenciosa y ni siquiera causó polémica doctrinal relevante. Solo voces aisladas se alzaron contra lo que consideraban una mal camino a la hora de consolidar un modelo de protección social con tres pies fuertes e independientes, los sistemas de seguridad social, salud y asistencia social. Pero ni la parte expositiva ni la parte dispositiva de la Ley 26/90 dejan margen alguno para la duda sobre las intenciones del legislador: una seguridad social fuerte y universalista, sin plantearse en ese momento la suerte de lo que podría ser un sistema paralelo de asistencia social. Recordando expresamente las medidas iniciadas con la Ley 26/85, el legislador afirma ahora que... *“la trascendencia de la reforma que la Ley introduce, se centra en la extensión del derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijos a cargo, del sistema de seguridad social, a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. Se trata en definitiva de la universalización de tales prestaciones”* (Exp.

Mot. I, párrafo tercero); de modo que *“esta manifestación de solidaridad sintoniza, además, con las más recientes orientaciones que se dan en el ámbito internacional. Las diferentes organizaciones inter o supranacionales vienen recomendando que la seguridad social extienda su ámbito, con el doble propósito de garantizar a los trabajadores el mantenimiento de ingresos proporcionales a los obtenidos durante la vida activa y, al propio tiempo, garantizar a los ciudadanos, particularmente a quienes se encuentran en estado de necesidad, unas prestaciones mínimas”* (Exp. Mot. II, párrafo segundo). Por consiguiente... *estas situaciones de necesidad, no suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales hasta ahora existentes, vienen a ser satisfechas de forma más segura jurídicamente y con mayor grado de suficiencia protectora con las nuevas modalidades no contributivas de las pensiones de invalidez y jubilación que la ley establece. Estas prestaciones se configuran como derechos subjetivos perfectos en favor de los beneficiarios, quienes, en cuanto pensionistas de la seguridad social, recibirán no solo una renta económica, sino también la asistencia médico-sanitaria y los servicios sociales, obteniendo de esta forma una cobertura integral ante su estado de necesidad”* (Exp. Mot. II, párrafo tercero). En cuanto a la financiación se aclara que... *“las prestaciones no contributivas que se implantan a través de esta ley se financiarán mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la seguridad social, en correspondencia con la naturaleza de la protección y como expresión de la solidaridad general con las personas con menores recursos”* (Exp. Mot. V). Y en orden a la instrumentación... *“se ha optado por la modificación directa del citado texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, mediante la nueva redacción de determinados artículos del mismo e inserción de otros nuevos, como expresión formal de la plena integración de las nuevas prestaciones dentro de la acción protectora de la seguridad social”* (Exp. Mot. VII, párrafo primero).

6. Es memorable el Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, estableciendo pensiones complementarias de las pensiones del sistema de seguridad social porque, a seguido de su dictado, el Gobierno de la Nación consideró ineludible plantear conflicto positivo de competencia ante el TC, el cual, cuatro años después, dictó la sentencia 239/2002, de 11 de diciembre, del máximo interés en la compleja tarea jurídica de delimitar los sistemas de seguridad social y de asistencia social y, derivativamente, de delimitar las competencias del Estado y de las CAAA. Lo único que interesa ahora resaltar de tal sentencia es que, reconociendo la constitucionalidad de la iniciativa autonómica cuestionada —origen de otras iniciativas similares posteriores, igualmente declaradas conformes con el orden constitucional— el alto tribunal no descalifica constitucionalmente el campo asistencial o no contributivo del sistema de la seguridad social, sino que lo confirma de modo explícito. Una valoración constitucional que ha informado, como no podía haber

sido de otro modo, las principales manifestaciones legislativas sobre el sistema de seguridad social producidas a partir de entonces, básicamente las Leyes 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social; la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos de las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las CCAA; y, finalmente, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social.

La Ley 52/03 da nueva redacción al art. 2 LGSS/94, pasando a decir su apartado 1 que... *“el sistema de la seguridad social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad y unidad”*. La misma ley modificó el apartado 4 del art. 38 LGSS/94, según el cual... *“cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la seguridad social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de seguridad social y está sujeta a los principios regulados en el art. 2 de esta ley”*. Frente a la Ley 52/03 del Gobierno popular, la Ley 4/2005, del Gobierno socialista, consideró, mediante una texto descalificador del precedente, que había sido recortada inconstitucionalmente la competencia autonómica, procediendo a rectificar el exceso por medio de la nueva redacción de aquel apartado 4 del art. 38 LGSS/94, el cual dirá a partir de entonces que ... *“cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la seguridad social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de seguridad social y está sujeto a los principios regulados en el art. 2 de esta ley”*. Añadiendo, empero, que *“lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas”*. Lo que quiere decir, en otras palabras, que la competencia de las CCAA sobre la asistencia social no puede afectar ni a las prestaciones contributivas en modo alguno y, solo complementariamente, en sus respectivos ámbitos territoriales, a las prestaciones no contributivas o asistenciales de la seguridad social. De la Ley 27/11 destaca la encomienda al Gobierno de actualizar el propio texto refundido de la LGSS y, paralelamente, la encomienda al propio ejecutivo de reformar el marco normativo de la regulación de las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social.

2. EL ÁREA DE ASISTENCIA SOCIAL ESTATAL AJENA AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. La clasificación de los dispositivos de asistencia social en internos y externos al sistema de seguridad social no agota las enunciaciones posibles pues siendo sin

duda una categorización primaria, empobrece el conocimiento de una realidad tan profusa y variada. A su lado, es ineludible contraponer el concepto de asistencia social en sentido material y en sentido estrictamente formal. Dispositivos de asistencia social material serían todos aquellos en los que concurrieran positivamente los elementos de complementariedad, universalidad y generalidad, con variable presencia o ausencia de los elementos negativos de discrecionalidad en el otorgamiento de las ayudas, procedencia pública de los recursos financieros y gestión pública de los mismos. Dispositivos de asistencia social formal serían todos los dispositivos a los que el legislador atribuyera la etiqueta de asistencia social, al margen de la presencia o ausencia de los elementos positivos y negativos de configuración. Bajo esta hipótesis, podría concluirse atribuyendo a las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social la naturaleza de dispositivos asistenciales, de la misma manera que podría entenderse que a las pensiones complementarias reguladas en algunos Estatutos de Autonomía, podría convenirles más la calificación de seguridad social que de asistencia social. La subjetividad e incluso la arbitrariedad a que conducirían las valoraciones sobre la naturaleza intrínseca de los dispositivos de protección social, podría sustituirse por un criterio de calificación formal a cargo de norma de rango de ley, dejando de lado las numerosas tesis y opiniones de los operadores jurídicos. De seguir esa vía en los dos ejemplos propuestos, las prestaciones no contributivas del sistema de seguridad social serían seguridad social, en tanto que las pensiones reguladas por los Estatutos serían dispositivos asistenciales. Pero la más importante de las nuevas clasificaciones de la asistencia social se representa como una enunciación de segundo grado, dentro de las categorizaciones de asistencia social externa e interna al sistema de seguridad social e, incluso, al sistema de salud. Conforme a la misma, sería posible disgregar, dentro de los dispositivos de asistencia social externa, aquellos que sin pertenecer al sistema de seguridad social o, incluso, al sistema de salud, no han sido asumidos tampoco por las CCAA. Situándose, junto a ellos, aquellos otros dispositivos que sí pertenecen a tales sistemas protectores y, por tanto, no han podido ser asumidos por las CCAA.

2. Existen, efectivamente, en el ordenamiento en vigor, diversos dispositivos de asistencia social estatal, ajenos a los sistemas de seguridad social y de salud, o sea, externos desde el punto de vista de dichos sistemas y, a la vez, externos desde el punto de vista de la regulación autonómica. Una clasificación sistemática de los mismos tropieza con obstáculos de todo orden, habida cuenta su enorme heterogeneidad. Con carácter estrictamente orientador podría afirmarse que la mayor parte de estos dispositivos asistenciales son herederos de la idea de la beneficencia pública, a partir de su primera regulación legal general por la Ley de 6 de febrero de 1821, sustituida tras su inmediata derogación por la tardía Ley de 20 de junio

de 1849. Conforme a su propuesta, esta Ley perseguía satisfacer... *“prestaciones gratuitas a los menesterosos durante el tiempo que se necesite para su socorro y cuidado”* ... Las reformas posteriores fueron frecuentes, dejando constancia de las habidas en los años 1868, 1873, 1885, 1899, 1919 (año en el que el RD de 17 de octubre introduce, junto a la de “beneficencia”, la expresión de “asistencia social”), 1931, 1934, 1937, 1938, 1940, 1960, 1962 y 1974, etc.

No es momento de aventurar por qué la LBSS, en 1963, desvinculó tales dispositivos públicos de una reforma legal con pretensiones de protección global. Pero lo cierto es que la Base Preliminar, *sub. VII*, se conforma con prometer que ... *“el Gobierno dictará las disposiciones necesarias para coordinar las entidades y servicios de la seguridad social, con los que cumplan funciones afines a aquella, de Previsión Social, de Sanidad Pública, Educación Nacional y Beneficencia o Asistencia Social”*, una promesa que sigue reiterando, medio siglo después, el art. 6 LGSS, aunque se haya sustituido el mandato imperativo al Gobierno, por el reconocimiento de que le corresponde la competencia para llevar a cabo la coordinación. Nada influyó en esa desidia la creación del Ministerio de Sanidad y Consumo en 1981, la creación del Ministerio de Asuntos Sociales en 1988 y su posterior fusión con el Ministerio de Trabajo en 1966. Queda asimismo fuera de contemplación especular sobre los motivos por los que, tras la aprobación de la CE, se mantuvieron aislados esos dispositivos asistenciales estatales, dejándolos fuera de los sistemas de seguridad social y de salud y fuera también muchos de ellos de los Estatutos, lo que no ha sido corregido por ninguna de las numerosas leyes estatales posteriores, ni tampoco por los Estatutos de nueva generación.

Atendiendo a un criterio exclusivamente cronológico de implantación, y sin el menor propósito de analizar sus respectivos contenidos, ni la vigencia actual de todos sus preceptos, la relación descriptiva de los dispositivos asistenciales estatales, ajenos al sistema de seguridad social y, en su caso, a los dispositivos de la asistencia social autonómica, cuando no son objeto de asunción expresa, son los siguientes: 1º) Las prestaciones a favor de ancianos (69 años), enfermos o inválidos, de la Ley 45/1960, de 21 de julio y el RD 2620/1981, de 24 de julio, suprimidas por el RDL 7/1992, de 24 de julio y por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre; 2º) Las ayudas de la Ley 13/82, para los discapacitados, modificadas por la Ley 26/90 y reordenadas por el RDLeg. 1/2013, de 29 de noviembre; 3º) Las ayudas de la Ley 3/05, para los españoles menores desplazados al extranjero en determinadas circunstancias, derogatoria del RD. 728/1993, de 14 de mayo, de pensiones asistenciales de ancianidad a emigrantes españoles retornados; 4º) Las ayudas del RD. 8/2008, de 11 de enero, para los españoles retornados; 5º) y, sobre todo, las prestaciones de la Ley 39/06, para las personas dependientes, la cual, no sin sorpresa, ha buscado el

fundamento constitucional no en el art. 149.1.17ª CE, ni tampoco en el art. 148.1.20ª CE, sino en el art. 149.1.1ª CE —un cuarto pilar!— de modo que, a los preceptos constitucionales específicos de distribución de las competencias de protección social, se ha añadido de súbito otro precepto de alcance genérico, que había cumplido siempre su función en íntima e inescindible relación con los preceptos específicos, pero no separadamente de ellos. La falta de criterio del legislador queda de manifiesto en algunos de sus pasajes... *“una modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del sistema de seguridad social”*... (Exp. Mot. 2,5º)... con ella... *“se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país, que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema”*... *“en este sentido, el sistema de atención a la dependencia es uno de los instrumentos fundamentales para mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país”*... (Exp. Mot. 2, 6º).

Algunos de estos dispositivos asistenciales quedan absolutamente al margen de las competencias de las CCAA en materia de asistencia social y, así, la DA 1ª del RD. 2620/81 prescribía que tal regulación... *“se entiende sin perjuicio de las competencias que los diversos Estatutos de Autonomía atribuyen o pueden atribuir a los diferentes Gobiernos autonómicos”*. La Ley 3/05 atribuye la gestión a dependencias del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social) y el RD. 8/08 se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1, 2ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de emigración, sin reserva alguna de competencia para las CCAA. Contrariamente, las ayudas de las leyes 13/82 y 39/06 se vinculan a las competencias de las CCAA en cuanto que sus Estatutos incluyan dentro de sus preceptos la referencia a la protección de los discapacitados y de las personas dependientes. Respecto de las pensiones reguladas por la Ley 45/60 y el RD. 2620/81, consideradas tradicionalmente competencia de titularidad y gestión estatales, la S.TC. 13/92 atribuye a la Generalidad de Cataluña el derecho a gestionar los recursos, aunque mantiene la titularidad de la competencia estatal basada en el art. 149.1, 1ª.

3. EL ÁREA DE ASISTENCIA SOCIAL DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Desde la LBSS, la asistencia social externa (Base Prel. sub. VII) fue complementaria del sistema de seguridad social, aunque sin la menor coordinación con este. La asistencia social interna (Base XVI), no era contrariamente complementaria del sistema sino de sus prestaciones (Exp. Mot. III.5) y de ahí que la mejor doctrina considerase preferible utilizar simplemente la expresión de “sistema de prestaciones

complementarias”. La norma consigna que, con cargo a los recursos que al efecto se determinen, se dispensaría a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan, los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, demostrando, salvo en caso de urgencia, que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones (Base XVI, n.º 67). Esta configuración neutra, sobre la extensión y límites de la asistencia social interna, se corrige de inmediato a la baja en el siguiente precepto legal, cuando se especifica el contenido ejemplificativo de las ayudas, siendo estas únicamente las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo, por pérdida de salarios como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis, los subsidios de cuantía fija a quienes, agotados los plazos de percepción de prestaciones en caso de desempleo continúen en paro forzoso, siempre que carezcan de bienes y de rentas, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en las bases de esta ley (Base XVI, n.º 68). También, la LBSS incluye en la regulación del sistema de seguridad social un capítulo de “servicios sociales” (Base XV), como complemento de las prestaciones reglamentarias, aunque ciertamente ni siquiera entonces el concepto y el cometido de los mismos estuvieron nada claros, con la excepción si acaso del servicio social de recuperación y rehabilitación de minusválidos, cuya verdadera razón era la de justificar la sustitución o el recorte de las pensiones por invalidez.

La distinción respecto de la asistencia social externa al sistema de seguridad social es clara, pues la interna no dispone de un campo de aplicación generalizado, ni se financia a través de presupuestos generales del Estado, ni comparte sus modos típicos de gestión, diferencias de mayor entidad que las afinidades, pues ninguna de las dos modalidades de asistencia generan derechos subjetivos ni eximen de la prueba de “necesidad” para acceder a las ayudas. Andando el tiempo, esta asistencia social interna del sistema de seguridad social no ha pasado de tener una escasísima eficacia prestacional pero, en cambio, ha jugado un papel relevante en la disgregación de la asistencia social en dos modalidades, pese a la profunda diferencia cualitativa y cuantitativa de una y otra. Los sucesivos textos de desarrollo de la LBSS, en 1966, 1974 y 1994, transcribieron sus bases sin apenas modificarlas, reflejándose en los vigentes arts. 2, 38, 53, 54, 55 y 56 LGSS.

2. Establecida la separación de una asistencia social ajena al sistema de seguridad social y otra nacida dentro del mismo, el área de la asistencia social interna se enriquecerá de un afluente de mayor caudal a partir de la Ley 26/85, consagrado por la Ley 26/90. Desde ese momento se fracciona definitivamente en dos el campo protector del sistema de seguridad social, por un lado las prestaciones contributivas

o “profesionales” y, por otro, las prestaciones no contributivas o “asistenciales”, aprovechando el viaje para descalificar, por su ineffectividad, los dispositivos asistenciales en sentido estricto.

La evolución de estas prestaciones no contributivas, extendidas a los subsidios de desempleo y a las prestaciones familiares, manifiesta sin atisbo de duda que el legislador decide anteponer la “asistencialización” de la seguridad social al fortalecimiento de los dispositivos de asistencia social externa, algo que difícilmente va a ser modificado, según confiesa la DA 13ª Ley 27/11, al facultar al Gobierno para reforzar la protección de ... *“los mayores que viven en unidades económicas unipersonales”* ... En todo caso, es inevitable advertir que la asistencia social interna del sistema de seguridad social no constituye un mecanismo unitario sino fraccionado en dos tipos de dispositivos heterogéneos, que nada tienen que ver uno con otro. Así se desprende de los arts. 38 y 86 LGSS, respectivamente dedicados a la acción protectora del sistema y a los recursos generales del sistema. El primero de ellos enuncia la acción protectora del sistema (apartado 1), incluyendo, junto a las prestaciones contributivas, las prestaciones económicas por invalidez y jubilación [letra c), párrafo segundo], por desempleo [letra c), párrafo tercero] y familiares [letra d)] en sus modalidades no contributivas. En la letra e) se incluyen las prestaciones de los servicios sociales y, en el apartado 2, el dispositivo originario de asistencia social interna, al que se dedica este precepto... *“igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social”*. La diferencia es patente: el dispositivo originario de asistencia social interno al sistema, no crea derecho subjetivo a sus ayudas, a diferencia de lo que se resuelve respecto de las prestaciones no contributivas. Diferencia a la que se añade una segunda, pues mientras el dispositivo originario de asistencia social puede expandirse tanto cuanto se amplíen los recursos a ello destinados, las prestaciones no contributivas son única y exclusivamente las ya establecidas, tal y como ordena el apartado 3 ... *“la acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del régimen general y de los especiales de la seguridad social, así como de la modalidad no contributiva de las prestaciones”*. En realidad un precepto legal cuya eficacia está condicionada a su vigencia, alterable por cualquier ley posterior, pero que produce la impresión de que el legislador ha prometido no extender más, dentro del sistema de seguridad social, la manifestación más importante de asistencia social interna, para no recortar más quizá los dispositivos de asistencia social externa.

En cualquier caso, es conveniente aclarar que el concepto de prestación no contributiva, utilizado en el derecho comunitario —que distingue además, junto a ellas, las prestaciones especiales no contributivas—, carece de una misma configuración

y contenido en los países que integran la Unión Europea. El TJUE, en su sentencia de 8 de marzo de 2001 (*caso Jauch*, C-215/99) aplica a estas prestaciones una naturaleza híbrida entre asistencia social y seguridad social, pues por unas características ... *“se asemejan a la asistencia social, en la medida en que la necesidad constituye un criterio esencial de aplicación y las condiciones de concesión prescinden de cualquier requisito relativo a la acumulación de periodos de actividad profesional o de cotización, mientras que, por otras características, se aproximan a la seguridad social, en la medida en que no hay poder discrecional en el procedimiento por el cual se conceden dichas prestaciones, conforme a lo que para ellas está establecido, y en que confieren a sus beneficiarios una posición jurídicamente definida”* ... Tampoco es coincidente este concepto comunitario de prestación no contributiva, con el de su noción en el Convenio n.º 157 de la OIT, de 1982, ratificado por España el 26 de julio de 1985 y, por tanto, derecho vigente en España, conforme al cual [art. 1, n)], son prestaciones no contributivas... *“aquellas cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un periodo de actividad profesional”*, concepto muy amplio pero conciliable con el concepto español de prestación no contributiva.

Sobre lo que no es preciso insistir, por su sencillez, es sobre la diferencia entre los conceptos de prestación no contributiva y de prestación de asistencia social, respecto del cual guarda la relación de la especie con el género. Una distinción que se tiene en cuenta en el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953, ratificado por España en 1982 (BOE. 17 febrero y 15 marzo 1984). En su art. 2, y con referencia a los Estados signatarios, se define la asistencia social como... *“toda asistencia prevista en las leyes y reglamentos vigentes en cualquier parte de su territorio y tendente a conceder a personas sin recursos suficientes los medios de subsistencia y los cuidados que su estado requiera, excepción hecha de las pensiones no contributivas y de las prestaciones a las víctimas de guerra o de la ocupación extranjera”*...

4. EL ÁREA DE ASISTENCIA SOCIAL DE LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Todas las CCAA han asumido competencias de las que el art. 148.1, 22ª CE les reserva en exclusiva —amén de otras de impropia asignación—, pero ni respecto de los servicios sociales ni respecto de la asistencia social se conocen inquietudes definitorias, pese a la vaguedad de los términos. Un buen ejemplo presta la Ley del Parlamento Vasco 6/82, cuya Exp. Mot. afirma que... *la situación actual de los servicios sociales se caracteriza por una casi total ausencia de criterios de orden y coherencia... existen, a escala estatal, innumerables organismos públicos, dotados*

cada uno de sus propios fondos y dependientes de otros tantos departamentos ministeriales que prestan, en diverso grado y bajo aspectos diferentes, una serie de servicios que cualquier sociedad moderna englobaría bajo el calificativo de sociales... esta desordenada situación se ve además agravada por el hecho de que los servicios sociales dependen, para su funcionamiento, de regímenes de financiación de características muy dispares: las cotizaciones de la Seguridad social y los presupuestos generales del Estado, con lo que se instaura una inconveniente distinción entre usuarios afiliados y no afiliados a la Seguridad social, quedando estos últimos a merced de un trasnochado concepto de "beneficencia"...

Los dispositivos asistenciales y/o de servicio social se entienden, en general, como universales, consistiendo las prestaciones en la facilitación de servicios en instituciones adecuadas, o en el domicilio del beneficiario (prestaciones en especie, en buena medida sanitarias), y también en la entrega de cantidades de dinero (prestaciones económicas), tanto en forma de subsidios por una sola vez cuanto en forma de prestaciones periódicas y, en ambos casos, o para suplir la ausencia de protección o para incrementar la reconocida por otras Administraciones Públicas si se valora esta como insuficiente para atender la necesidad que cubre. Con base en el principio de colaboración financiera entre los poderes públicos, la financiación de la asistencia y servicios sociales se realiza con cargo a recursos públicos, bien de la propia CCAA, bien del Estado por medio de transferencias. En todo caso, los presupuestos anuales de las CCAA han de consignar las cantidades necesarias para afrontar los gastos sociales y la misma obligación se extiende a las entidades locales correspondientes. En los Estatutos suele propugnarse la mayor descentralización posible en materia de asistencia social y/o servicios sociales, convirtiendo al municipio, o a otros entes locales, en unidad básica de facilitación o prestación de las ayudas. Los recursos dedicados en ese caso son igualmente públicos, de doble procedencia asimismo, los propios de la entidad local y los transferidos por la CCAA, siendo excepcionales las transferencias directas del Estado para ese destino.

La no inclusión de una determinada materia en los Estatutos, como propia de la competencia de la respectiva CCAA, es afrontada por la S.TC. 18/82, resolviendo que, en ese caso... *"la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el art. 149.3 CE ... [lo cual] ... no debe llevar a la idea de que, una vez promulgado el Estatuto de Autonomía, es el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial [...] si no se procediese así, se estaría desconociendo el principio de supremacía de la CE sobre el resto del ordenamiento jurídico del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante del ordenamiento jurídico (art. 147.1*

CE). Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la CE establece no agota su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continúan siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste, a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma". La S.TC. 25/83 perfila la distinción entre la titularidad y la asunción de las competencias de las CCAA, residenciando aquélla en el Estatuto y ésta en las disposiciones reglamentarias sobre transferencia de los servicios y de los medios personales y materiales necesarios para su ejercicio. Cuando la titularidad de las competencias estatutarias no viene acompañada de la transferencia de los servicios correspondientes, la doctrina constitucional interpretó, desde la S.TC. 25/83, que las competencias estatutarias no transferidas debían quedar indefinidamente en manos del Estado. Pero la ulterior S.TC. 124/89 introdujo una puntualización, condicionando el pleno ejercicio de las competencias estatutarias a la existencia del traspaso, aunque no así la titularidad, pues ésta... "corresponde a la Comunidad Autónoma por obra de la Ley Orgánica por medio de la cual se aprobó el Estatuto de Autonomía"... lo que significa que... "no es posible en puridad transferir las competencias que corresponden ya en virtud del Estatuto ... [pues] ... si corresponden en virtud de éste, ope legis o ipso iure ... mal se pueden transferir, ... [de modo que] ... la inexistencia de la necesaria transferencia de servicios sobre una determinada materia no es condición obstativa para la asunción de la titularidad de las competencias que, en relación con dicha materia, el Estatuto atribuya a una Comunidad Autónoma. Por la misma razón, cuando una Comunidad Autónoma considere que una norma estatal ha invadido su propio ámbito de competencias y formule frente a la misma en esta sede constitucional la oportuna vindicatio potestatis, aunque no pretenda de modo inmediato su efectivo ejercicio, por estar, éste sí, sujeto al previo traspaso de los correspondientes servicios, no es posible eludir un pronunciamiento sobre la titularidad de las competencias que una parte reclama para sí y la otra rechaza, con base en los mismos preceptos constitucionales y estatutarios que se interpretan de modo diferente por ambas partes en conflicto"...

Respecto, finalmente, del efecto de la no impugnación de una regulación estatutaria contraria a la CE, dentro de los plazos establecidos para ello, la S.TC. 39/82 argumenta que la indisponibilidad de las competencias y la nulidad de pleno derecho de las normas contrarias a los preceptos constitucionales... "son razones que desautorizan cualquier alegato asentado sobre la idea de aquiescencia por no hablarse planteado a tiempo el conflicto o el recurso, con sujeción al juego de los plazos previstos en el art. 62 o en el art. 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional".

2. A título meramente ejemplificativo cabe comparar los Estatutos originario y de nueva generación de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la de mayor ambición autonomista. El de 1979 [Ley Orgánica 4/79, de 18 de diciembre (BOE 22)], atribuye a la Generalidad competencia exclusiva en materia de “asistencia social” (art. 9.25), así como en cuanto a “juventud” (art. 9.26) y “promoción de la mujer” (art. 9.27). El art. 17.2 establece que, en materia de “seguridad social”, corresponde a la Generalidad de Cataluña ... *“el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma”* (ap. a) y ... *“la gestión del régimen económico de la seguridad social”* (ap. b). A tenor del art. 17.4 ... *“la Generalidad de Cataluña podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de sanidad y seguridad social, reservándose el Estado la alta inspección, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo”*. Se hinchaban de ese modo las competencias en materia de seguridad social, ignorando por tanto límites constitucionales insuperables. Sin embargo, esa indebida atribución estatutaria de competencia no se refleja de igual manera en las transferencias efectivas a favor de la Generalidad, ni tampoco en la legislación autonómica catalana. En el año 1978 se inician las transferencias del Estado en diversas materias, afectando sucesivamente a fundaciones benéfico-asistenciales, guarderías laborales infantiles, asistencia y servicios sociales, empleo y formación profesional ocupacional de los trabajadores del mar, etc.

En cuanto a la legislación autonómica sobre asistencia social, la regulación se inicia por la Ley 12/83, de administración institucional y de la asistencia y los servicios sociales, a la que sigue la Ley 26/85, de 27 de diciembre, de servicios sociales, con el propósito de desarrollar la competencia autonómica en la materia y conducir a la plena efectividad en Cataluña de los derechos de los arts. 39, 48, 49 y 50 CE. Pero es el Decreto Leg. 17/94, de 16 de noviembre, el que establece la posibilidad de conceder prestaciones económicas, periódicas u ocasionales. Esa disposición es modificada por la Ley 16/96, de 27 de noviembre, que regula de forma completa y detallada la función de inspección sobre servicios sociales, y desarrollada por el Decreto 284/96, de 23 de julio, para la ordenación del sistema catalán de servicios sociales, que atribuye a las prestaciones el carácter de prestaciones de asistencia social, en el sentido de complementariedad y compatibilidad con las del sistema de seguridad social. Posteriormente, la Ley 13/06, de 27 de julio, regula las prestaciones sociales de carácter económico, definidas como las aportaciones dinerarias hechas por la Administración de la Generalidad y los entes locales que tienen la finalidad de atender determinadas situaciones de necesidad en que se encuentran las personas

que no disponen de recursos económicos suficientes para hacerles frente y no están en condiciones de conseguirlos o recibirlos de otras fuentes, advirtiendo que tales prestaciones no forman parte de las prestaciones del sistema de seguridad social, a pesar de que puedan beneficiarse de ellas las personas incluidas en la acción protectora de ese sistema. De interés resulta la clasificación de estas prestaciones en tres grupos, las prestaciones económicas asistenciales con carácter de derecho subjetivo, con carácter de derecho de concurrencia para el beneficiario y con carácter de urgencia social. En cuanto al modo de pago, se distingue entre prestaciones permanentes (aportaciones dinerarias periódicas y con voluntad de permanencia y estabilidad en el tiempo), temporales (duración anual y previsión de temporalidad) y puntuales (aportaciones dinerarias únicas). Como prestaciones de derecho subjetivo se contemplan las prestaciones para jóvenes ex-tutelados, las prestaciones para el mantenimiento de los gastos del hogar de los cónyuges o familiares supervivientes, prestaciones complementarias para pensionistas de la modalidad no contributiva, por invalidez o jubilación, prestaciones por acogimiento de menores tutelados por la Generalitat y prestaciones para atender necesidades básicas (art. 23). La disposición adicional determina que estas prestaciones económicas son asistenciales y por ello no forman parte del sistema de seguridad social, no estando tampoco incluidas en el entonces vigente Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad. Al amparo de esas normas se ha expandido la política de protección a la familia, en amplio sentido, favoreciendo a menores desamparados y la adopción y acogida de personas mayores, hasta que la Ley 18/03, de 4 de julio hizo propios los objetivos de mejorar el bienestar y la calidad de vida de las familias, con relación a las responsabilidades que se adquieren y a los derechos que se derivan de las mismas, a la vivienda, cultura, educación, medio ambiente, trabajo y salud, incluyendo desde luego la promoción de la natalidad y la protección económica, familias de especial vulnerabilidad; ayudas personalizadas al alojamiento, ayudas a mayores, dependientes y discapacitados, autonomía en el propio hogar; prestaciones económicas a familias con hijas e hijos a cargo, protección de los cónyuges supervivientes, en este caso no a favor de las personas económicamente necesitadas por esa situación familiar, sino para quienes estándolo... *“perciban una pensión de viudedad del sistema de seguridad social”*, etc., etc. Otras disposiciones relevantes son las de protección del paro, en aspectos diversos y de apoyo al retorno de los catalanes emigrados.

3. En cuanto al Estatuto de 2006 [Ley Orgánica 6/06, de 19 de julio (BOE. 20 julio)], derogatorio del anterior, incorpora una delimitación modélica de los campos de la protección social, regulando, sucesiva y respectivamente, en los arts. 162, 165 y

166, la “sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos”, la “seguridad social” y los “servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias”.

En el campo de la seguridad social se afirma respetar ... *“los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la seguridad social”* pero se atribuye a la Generalidad la competencia compartida que incluye... a) *el desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico*; b) *la gestión del régimen económico de la seguridad social*; c) *la organización y la gestión del patrimonio y los servicios que integran la asistencia sanitaria y los servicios sociales del sistema de seguridad social en Cataluña*; d) *la ordenación y el ejercicio de las potestades administrativas sobre las instituciones, las empresas y las fundaciones que colaboran con el sistema de seguridad social, en las materias indicadas en la letra c), así como la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*; e) *el reconocimiento y gestión de las pensiones no contributivas*; f) *la coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de seguridad social”* (art. 165.1). A los fines señalados anteriormente... *“la Generalitat podrá organizar y administrar... dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con las materias antes expuestas, y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de... seguridad social, reservándose el Estado la alta inspección”* (art. 165.2).

Sobre asistencia social y servicios sociales se atribuye a la Generalidad... *“la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) la regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública; b) la regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan servicios sociales en Cataluña; c) la regulación y la aprobación de los planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social; d) la intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados”* (art. 166.1). Corresponde, asimismo, a la Generalidad, sobre menores: *“a) la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal”* (art. 163.3) y también... *“la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución”* (art. 166.4).

Las reflexiones que suscita esta nueva normativa estatutaria, se resumen en las tres siguientes:

1ª) Desde el punto de vista formal, el Estatuto merece aplauso por diseñar un esquema integrado de protección social con las funciones de salud, seguridad social y asistencia social, configurando de tal manera un preciso modelo estatutario sin incurrir en la ambigüedad que preside el correlativo modelo constitucional. Ello no obstante, se observa algún desajuste, como por ej. el que lleva consigo la enunciación por la letra c) del art. 165.1, dentro por tanto de competencias de seguridad social, de competencias referidas a la “asistencia sanitaria y a los servicios sociales del sistema de seguridad social en Cataluña”. La comparación del Estatuto/06 respecto del Estatuto/79 es también favorable, resultando ahora una regulación normativa mucho más cuidadosa aunque sólo aparentemente más respetuosa con la distribución constitucional de competencias. Que ese resultado sea atribuible al Parlamento de Cataluña o al Parlamento Español, es algo que, tras la vigencia del texto estatutario, mantiene simplemente un interés histórico, técnicamente intrascendente.

2ª) En lo relativo a las competencias autonómicas sobre seguridad social, pese a un reconocimiento explícito de que tales competencias han de respetar ineludiblemente ... *“los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la seguridad social”* (art. 161.1, inexistente en el art. 17 del anterior Estatuto), a la hora de la verdad, las letras a) y b) del mencionado art. 161.1 reproducen casi literalmente las letras a) y b) del art. 17.2 de su antecedente, del mismo modo que el art. 165.2 es réplica casi exacta del art. 17.4 del anterior, lo que perpetúa la atribución a la Generalidad de extensas competencias que no le corresponden ex art. 149.1.17ª CE, según doctrina terminante del TC. También es equívoca, amén de asistemática, la referencia a un “sistema de seguridad social en Cataluña”, siendo así que sistema de seguridad social sólo puede haber uno en España, que es el que ya existe como tal, denominado por cierto “sistema nacional de seguridad social”. Si a lo que se quiere referir la letra c) del art. 161.1 es a los servicios sociales, y a la asistencia sanitaria sujetos a la competencia autonómica, está de más hablar de “un sistema de seguridad social en Cataluña”. Y si a lo que se quiere aludir en aquel precepto es al sistema nacional de seguridad social, con referencia anacrónica a sus prestaciones sanitarias y a sus servicios sociales, entonces se debió decir, con total rigor, “sistema nacional de seguridad social”. De otro lado, el escaso acierto de la letra c) arrastra el escaso acierto de las letras d) y f) del propio art. 161.1, en el primer caso, además, por una posible invasión de competencias estatales en materia de prevención de riesgos profesionales, ex art. 149.17ª CE. Otra suerte de crítica merecen las competencias reconocidas a la Generalidad en la letra e) del art. 161.1 respecto de las pensiones no contributivas. En el plano formal, la competencia

sobre ellas no corresponde obviamente a las CC.AA, al haberlas disfrazado la Ley 26/90 de prestaciones de seguridad social, de cuyo sistema forman parte a contar de entonces; por consiguiente, de *lege data*, la única competencia reconocible a la Generalidad en esta materia no puede pasar del plano de la delegación, ya que el reconocimiento y la gestión de las mismas sólo cabe bajo la aplicación de la legislación estatal y conforme a las pautas que contengan las disposiciones de transferencia o los convenios Estado-Generalidad celebrados *ad hoc*. Otra cosa bien distinta podrá sostenerse en el plano material, puesto que las prestaciones no contributivas tienen la naturaleza de prestaciones asistenciales y deberían ser de la competencia exclusiva de las CC.AA. Pero en el derecho constituido es ésta una simple opinión y sólo de *lege ferenda* es planteable el cambio legal que así lo establezca, debiendo constatarse que nunca las CC.AA han presionado políticamente con la fuerza de la que disponen para que esa reforma legal fuera llevada a término. En todo caso, la competencia de la Generalidad sobre las prestaciones no contributivas no podría ser nunca una competencia en materia de seguridad social sino una competencia en materia de asistencia social.

3ª) En lo relativo a las competencias autonómicas sobre asistencia social, o servicios sociales, las reconocidas a la Generalidad son irreprochables y desde luego muy acertadas las opciones admitidas, en el sentido de que la acción asistencial puede consistir en prestaciones técnicas y en prestaciones económicas —no simples ayudas esporádicas y/o no periódicas, por tanto— y puede establecerse a través de personas públicas y privadas, indistintamente. Llama en cambio, negativamente, la atención, la atribución de competencia exclusiva a la Generalidad en lo relativo a la intervención y el control de los sistemas de protección complementaria privados [art. 166.1, d)], lo que puede implicar invasión de las competencias estatales sobre Planes y Fondos de Pensiones y Seguros Privados, *ex art.* 149.1,6ª, pº. 1º, iº. 1º CE y S.TC. 206/97. Incluso la anterior y mucho más modesta competencia de la Generalidad, sobre las mutualidades de previsión social no integradas en el sistema de la seguridad social (art. 9.21 del Estatuto/79), se sometía en el citado precepto estatutario al respeto de la legislación mercantil.

5. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

Primera: La distinción teórica entre seguridad social y asistencia social es posible, aunque no alcanza nunca conformidad general en los modelos doctrinales confrontados. La distinción práctica entre esos dos campos complementarios de la protección social solo cabe en el plano estrictamente formal, en el que, por tanto,

seguridad social y asistencia social pasan a ser lo que el legislador disponga respecto de cada una de ellas.

Segunda: En el modelo estático de protección social (modelo constitucional), la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA es simétrico y razonable, pese a las ambigüedades existentes acerca de las funciones de seguridad social y de asistencia social: todas las competencias importantes para el Estado en materia de seguridad social, todas las competencias importantes para las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social y todas las competencias importantes compartidas por uno y otras en materia de salud.

Tercera: En el modelo dinámico primario de protección social (modelo legal unitario), la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA es asimétrico e irrazonable, porque las CCAA suelen invadir indebidamente, en sus Estatutos, salvo excepciones contadas, las competencias del Estado en materia de Seguridad Social, mientras que el Estado disfraza indebidamente, en su legislación ordinaria, de Seguridad Social, lo que materialmente es asistencia social. En ello ha consistido, pues, el intenso conflicto competencias/materias en el área de la protección social, no deshecho hasta ahora por la copiosa doctrina del Tribunal Constitucional.

Cuarta: Sin embargo, en el modelo dinámico secundario de protección social (modelo legal diversificado) tanto las disposiciones estatales de transferencia de funciones y servicios en materia de protección social, cuanto las leyes y reglamentos autonómicos en el mismo área funcional, se han adaptado plenamente al modelo dinámico primario de protección social, lo que ha significado una actuación desigual por parte del Estado y de las CCAA. Porque aquél no ha cedido sus competencias indebidas en materia de asistencia social, en tanto que las Comunidades Autónomas no han legislado en materia de seguridad social y se han confirmado con legislar sobre las materias de la asistencia social no acaparadas por el Estado.

Quinta: Llama la atención que incluso las Comunidades Autónomas con mayor sentimiento nacionalista continúen asumiendo competencias imposibles en materia de seguridad social, mientras que abandonan resignadamente en manos del Estado competencias posibles en materia de asistencia social, sin presionar políticamente con los poderosos medios de influencia a su alcance para reafirmar el modelo constitucional de protección social.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, "El contenido constitucional de la asistencia social". *El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 587-612.

- “El modelo constitucional de protección social”. *Aranzadi Social*, num. 3, 2004, pp. 41-72.
 - “La incidencia de las reformas estatutarias en el reparto constitucional y legal de competencias en materia de seguridad social y de asistencia social”. *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*. Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2007, pp. 179-225.
 - “Asistencia social”. *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*. Madrid, Universidad Complutense, Universidad Rey Juan Carlos, Civitas, Thomson Reuters, 2009, pp. 203-206.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, 391 pp.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago (Dir.), *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2013, 604 pp.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (Coord.), *Protección social y Comunidades Autónomas*. Madrid, Editorial Cinca, 2012, 245 pp.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Miguel Ángel, *Protección social, seguridad social y asistencia social. España y la Unión Europea*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2005, 286 pp.
- MORENO REBATO, Mar, *Régimen jurídico de la asistencia social*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, 378 pp.
- VIDA SORIA, José, “Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social”. *Derecho vivo y Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales. La Ley, 2003, pp. 407-426.

Capítulo X

LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN EL SISTEMA DE PENSIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (1974-1996)

José Antonio Panizo Robles

Administrador Civil del Estado

Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

1. En el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, es decir, en la delimitación de las situaciones o estados de necesidad que se originan como consecuencia de la aparición de alguno de los riesgos cubiertos (accidente, enfermedad, paro, cese en el trabajo o actividad etc.) y que se manifiesta como un perjuicio para el beneficiario, ya sea por exceso de gastos, ya sea por defecto de ingresos¹, aquélla recoge una serie prestaciones o beneficios², dirigidos a las personas afectadas por

¹ STC 103/1983, 22-11-1983 (RTC 1983, 103).

² Esa configuración legal se recoge en la Ley General de la Seguridad Social (artículo 38) que lista las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, en línea con los contenidos de los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social, señalando las siguientes:

- asistencia sanitaria en los casos de enfermedad, maternidad, enfermedad común o profesional y accidente laboral o no laboral;
- recuperación profesional, cuando se aprecie su necesidad en alguno de los supuestos anteriores,
- prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, incapacidad permanente (contributiva o no contributiva), jubilación (contributiva o no contributiva), desempleo (contributivo o asistencial), y muerte y supervivencia,

dichas situaciones³ que, tienen el alcance y el contenido que establezca el legislador en cada momento⁴.

Dentro de ese conjunto de prestaciones de la Seguridad Social, son las prestaciones de naturaleza económica las que tienen una mayor incidencia, considerando no solo el número de beneficiarios de las mismas, sino, de forma particular, su impacto en el Presupuesto de Gastos de aquélla que, para el ejercicio 2014, implica el 93,7 % de dicho Presupuesto.

Presupuesto de Gastos de la Seguridad Social en 2014

Concepto	Importe (miles euros)	% Participación
Prestaciones económicas	124.818.867,30	94,69
Asistencia sanitaria	1.446.919,67	1,10
Servicios sociales	1.425.006,71	1,08
Tesorería, informática y otros servicios funcionales comunes	1.745.249,63	1,32
<i>Operaciones no financieras</i>	<i>129.436.043,31</i>	<i>98,19</i>
<i>Operaciones financieras</i>	<i>2.384.492,23</i>	<i>1,81</i>
<i>Presupuesto consolidado</i>	<i>131.820.535,54</i>	<i>100,00</i>

Fuente. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Información sobre los Presupuestos de la Seguridad Social para 2014. Disponible en la página web www.seg-social.es

2. Dentro del conjunto de prestaciones económicas, el ordenamiento de la Seguridad Social recoge las correspondientes a la contingencia de incapacidad permanente, consistente en la alteración grave de la salud, previsiblemente definitiva, que impide o dificulta el desarrollo normal de la vida ordinaria de una persona y que, en su caso, modifica la capacidad laboral, física, psíquica o sensorial de quien la padece.

- prestaciones familiares, contributivas o no contributivas y
- prestaciones de servicios sociales, previstas específicamente para reeducación y rehabilitación de inválidos y asistencia a la tercera edad, sin perjuicio de que también se implanten para otras materias

³ Ha de tenerse en cuenta que, en España, el marco de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social queda delimitado, en sus grandes líneas, por el artículo 41 de la Constitución, que demanda de los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo.

⁴ STC 65/1987, de 21 de mayo (RTC 1987, 65).

La situación de incapacidad permanente se contempla, en el ámbito protector de la Seguridad Social, en dos modalidades:

- a) Las *prestaciones de incapacidad permanente, en su modalidad contributiva*, para las que la situación de necesidad surge por la incapacidad para el trabajo que genera la invalidez y, en consecuencia, la pérdida de capacidad de ganancia del sujeto que la padece.
- b) Las *pensiones de invalidez en la modalidad no contributiva*, a través de las cuales se pretende dar cobertura protectora a quienes, sufriendo una determinada disminución de su capacidad, en al menos un 65%, carece de ingresos suficientes para subsistir, al no alcanzar un determinado nivel de rentas.

A su vez, y dentro de las prestaciones de la modalidad contributiva cabe diferenciar las que provienen de un riesgo profesional (*accidente de trabajo y enfermedad profesional*), de las que traen su origen en un “riesgo común” (*accidente no laboral y enfermedad común*).

3. Implantadas en el marco de la acción protectora desde los primeros mecanismos de cobertura social en España, aunque con un desarrollo más tardío, las pensiones de incapacidad permanente supusieron en el período 1975-1988 un fuerte problema para la evolución y la estabilidad del sistema de Seguridad Social, debido básicamente a la enorme permeabilidad en el acceso a la protección⁵, motivado en buena parte por una fuerte presencia del uso indebido y fraudulento, que obligó a establecer todo un conjunto de medidas en orden a hacer evolucionar esta rama de protección en parámetros acordes al estado de salud y de las condiciones de trabajo de la sociedad española al inicio del último cuarto del pasado siglo, modificando el panorama que podía deducirse al analizar las tasas de crecimiento de las nuevas altas en las pensiones de invalidez, más propias de una sociedad que hubiese salido recientemente de sucesos bélicos o catastróficos.

Ese conjunto de medidas se van a adoptar dentro del sistema de la Seguridad Social en el período en que Adolfo Jiménez Fernández pasa a ostentar, primero, la dirección económica y jurídica de la Seguridad Social, en su condición de Director General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social (1982-1985) y,

⁵ Sobre la problemática de las prestaciones de Seguridad Social a finales de la década de los setenta del pasado siglo, *vid.* ISTURIZ, J. y otros “*Problemas actuales de la Seguridad Social en España*”, en especial su apartado IV. B).

posteriormente, a encargarse como máximo responsable del sistema, en su condición de Secretario General para la Seguridad Social (1986-1996)⁶.

Este es el propósito de este trabajo, enmarcado en el libro homenaje a Adolfo Jiménez. Analizar de modo breve debido a la exigencias de espacio, la situación de las pensiones de invalidez en el período señalado, el conjunto de medidas adoptadas para adecuar la evolución de tales prestaciones y el gasto ocasionado por las mismas a la situación sociosanitaria, social y económica de la población afiliada y, por último, verificar si los propósitos perseguidos con la implantación de las medidas tuvieron el éxito esperado.

No obstante, antes de efectuar el análisis señalado, parece conveniente efectuar una breve reflexión sobre la implantación de las pensiones de invalidez permanente, en los períodos anteriores a la llegada de Adolfo Jiménez a la dirección del sistema de la Seguridad Social.

1. LA EVOLUCIÓN DE LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE

1.1. La cobertura de la invalidez derivada de accidentes de trabajo.

Como sucedió en la mayoría de los sistemas de protección social de la Europa continental, en España la primera cobertura de las consecuencias de una incapacidad permanente se concretan en las situaciones derivadas de un accidente de trabajo⁷, que hace responsable al patrono de la situación de incapacidad para el trabajo de sus obreros obligándosele al pago de indemnizaciones a los que quedasen incapacitados por un accidente de trabajo (o, posteriormente, a causa de una enfermedad profesional).

Las indemnizaciones consistían en cantidades a tanto alzado en función del salario y del tipo de incapacidad, que podía ser temporal, permanente absoluta (para todo trabajo o para la profesión habitual) o permanente parcial. El aseguramiento del patrono era voluntario⁸ lo que podía suponer la desprotección del obrero en caso de insolvencia del mismo.

⁶ El autor de este trabajo colaboró de forma activa y directa con Adolfo Jiménez Fernández en el período considerado, tanto en la entonces Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, como posteriormente en la Secretaría General para la Seguridad Social.

⁷ A través de la Ley de Accidentes de Trabajo, 30 de enero de 1900.

⁸ Salvo desde 1919 para los accidentes de trabajo en el mar.

Las previsiones de la Ley de 1900 fueron complementadas por la Ley de 10 de enero de 1922 (que incrementó las prestaciones y las hizo extensivas a otros supuestos), así como en la Ley de Bases de 4 de julio de 1932⁹ que estableció la obligatoriedad del aseguramiento empresarial, generalizó las indemnizaciones en forma de renta (pensiones) en lugar de en forma de capital e implantó el principio de automaticidad en las prestaciones en virtud del cual el obrero se encontraba protegido aún en el caso de que el patrono hubiese incumplido la obligación aseguradora.

1.2. La protección derivada de contingencias comunes a través de los seguros sociales

Dejando al margen los antecedentes de los seguros voluntarios y subsidiados¹⁰, la cobertura social de las contingencias no profesionales comienza en España con la implantación del denominado “Retiro Obrero”, a través del Real Decreto de 10 de marzo de 1919¹¹, si bien la protección de la situación de incapacidad permanente quedaba muy limitada, siendo inexistente para los mayores de 45 años (salvo que la incapacidad derivase de una contingencia profesional), mientras que para los menores de 45 años, en el momento de integración en el seguro, que se invalidasen, podían elegir entre recibir el capital acumulado en su libreta de capitalización, o convertirlo en una renta vitalicia siempre que la pensión resultante fuese al menos de 180 pesetas anuales.

No obstante, se estableció un régimen transitorio de protección a los inválidos, basado en las imposiciones personales voluntarias de los afiliados, y se anunciaba por primera vez la voluntad de implantar un seguro de invalidez¹².

⁹ Dicha Ley fue modificada por la Ley de 13 de agosto de 1932 y refundida por Orden de 8 de octubre de 1932.

¹⁰ Que comienzan en España con la creación del Instituto Nacional de Previsión (INP), mediante Ley de 27 de febrero de 1908.

A través de ese “*aseguramiento voluntario*” con el INP se contrataba una renta vitalicia, mediante la apertura de una libreta de pensión de retiro individual en la que se acumulaban las aportaciones realizadas por los trabajadores que no podían superar a las necesarias para producir una pensión anual de 1500 pesetas ni ser inferiores a 50 céntimos./día

En este sistema voluntario de pensiones, se permitía a los asociados a quienes sobreviviese una incapacidad absoluta para el trabajo anticipar a la fecha en que surgiese la conversión en renta vitalicia inmediata de la diferida que tuviesen contratada, siempre que la pensión resultante, fuese mayor o igual a 60 pesetas anuales.

¹¹ Desarrollado por el reglamento aprobado mediante Real Decreto de 21 de enero de 1921.

¹² Art. 78 del Real Decreto de 21 de enero de 1921: “*Hasta tanto que organice el Instituto Nacional de Previsión un régimen de seguro de invalidez complementario del de retiros, se establecerá un régimen transitorio de protección a los inválidos...*”.

1.3. La protección de la invalidez a través del Subsidio de Vejez e Invalidez y de las Mutualidades Laborales

La Ley de 1 de septiembre de 1939, desarrollada por la Orden de 2 de febrero de 1940, sustituyó al régimen del retiro obrero por un régimen de subsidios de vejez, que, a su vez, dio cobertura mediante el establecimiento de prestaciones (subsidios) en las situaciones de incapacidad permanente y total para la profesión, a partir de los 60 años de edad, si bien limitada a los trabajadores por cuenta ajena cuyos ingresos no superasen un determinado límite¹³.

La invalidez protegida era muy reducida, en cuanto que solo tenían acceso a una pensión, cuya cuantía era igual a la del subsidio de vejez (1.080 pesetas anuales), los afiliados que sufriesen una incapacidad permanente y total para el ejercicio de su profesión, que fuesen mayores de 60 años y que cumpliesen el mismo periodo de carencia impuesto para el cobro del subsidio de vejez (1.800 días de trabajo y cotización)¹⁴.

En 1947, el anterior Seguro de Vejez se transforma en el Seguro de Vejez e Invalidez¹⁵ que, aunque no incorporó cambios sustanciales respecto de la legislación anterior, sin embargo implicó el establecimiento por primera vez en España de la cobertura específica para el riesgo de invalidez cuando no procediese de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El nuevo seguro protegía la invalidez para la profesión habitual derivada de causas distintas a las contingencias profesionales, alterando al tiempo el concepto de invalidez utilizado hasta entonces, basándolo, no en una mera merma de la capacidad fisiológica, sino en una reducción de la capacidad de trabajo y, derivado de ello, en la capacidad de ganancia.

Para acceder a la pensión por invalidez (establecida inicialmente en una cuantía fija, de importe semejante al subsidio de vejez), se debía constatar una invalidez absoluta y permanente para todo trabajo de la profesión habitual, que impidiese ganar al trabajador en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y a la profesión ejercida, al menos un tercio de lo que ganase habitualmente un

¹³ Establecido inicialmente en 6.000 pesetas anuales.

¹⁴ Por tanto, la protección efectiva de las persona inválidas, en el marco del seguro obligatorio, se reducía al derecho a adelantar el cobro del subsidio de vejez siempre que se fuera mayor de 60 años.

¹⁵ Implantado por Decreto de 18 de abril de 1947 y desarrollado por Orden de 18 de junio de 1947.

asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga y en la misma localidad.

Se exigía como requisito indispensable para la concesión de la pensión (además de la acreditación médica de la existencia de la incapacidad y de su incidencia) tener un período de afiliación al seguro de, al menos, cinco años de antelación a la fecha en que fuese declarada la incapacidad y presentar cotizaciones efectuadas a su favor, correspondientes como mínimo a mil ochocientos días de trabajo.

En paralelo al establecimiento y desarrollo del Seguro de Vejez e Invalidez y, al amparo de las reglamentaciones de trabajo¹⁶, fueron surgiendo diferentes Montepíos y Mutualidades, reguladas posteriormente por el Reglamento General del Mutualismo Laboral¹⁷.

Respecto de la situación de incapacidad, el Mutualismo Laboral inicialmente mantuvo el esquema protector anterior (protegiendo solamente la invalidez permanente y absoluta para todo trabajo no derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional), para posteriormente ampliar su ámbito objetivo a la pensión de invalidez por incapacidad total y permanente para la profesión habitual, siempre que la invalidez se produjese después de que el mutualista hubiese cumplido los cincuenta años.

Además, frente a la uniformidad de las prestaciones del Seguro de Vejez e Invalidez, la pensión procedente del Mutualismo Laboral tenía una cuantía determinada como un porcentaje del salario cotizado, diferente según la Mutualidad.

1.4. La cobertura de la invalidez en el sistema de la Seguridad Social (antes de 1984)

La implantación del sistema de la Seguridad Social va a suponer un cambio total en la cobertura de la incapacidad, configurando la protección en base a un conjunto de prestaciones económicas, cuyo importe va a depender del grado de incapacidad y del salario anterior del trabajador.

A tal fin se establecieron cuatro grados de invalidez (que permanecen en la actualidad): incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez, si bien el grado de incapacidad a partir del que se tenía derecho a una renta periódica se fijaba en el 66 por 100.

¹⁶ Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 16 de octubre de 1942.

¹⁷ Aprobado por Orden de 10 de septiembre de 1954.

La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y la gran invalidez daban derecho a una pensión vitalicia bastante generosa ya que se calculaba aplicando al salario real del trabajador un porcentaje igual al 100% y al 150% respectivamente.

A los 5 años de implantación del nuevo sistema, en 1972¹⁸ y en el marco de una mejora de los aspectos financieros y de cobertura social¹⁹, se introdujeron modificaciones importantes en la delimitación de la situación de incapacidad permanente, dando protección a la invalidez permanente total de los menores de 45 años (que hasta entonces estaban excluidos del acceso a una pensión); estableciendo la incapacidad permanente total cualificada (con un incremento especial de la pensión de incapacidad permanente total en los supuestos de mayor edad y concurrencia de factores económicos y sociales) y rebajando al 33 por 100 el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo exigible para la incapacidad permanente parcial por contingencias comunes.

2. EL PANORAMA DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ PERMANENTE AL INICIO DE LOS AÑOS 80 DEL SIGLO XX

2.1. Desde la entrada en vigor de la Ley 24/1972, se comienza a experimentar en el sistema de la Seguridad Social un fuerte crecimiento de las pensiones de incapacidad permanente que no tiene parangón con la evolución de las demás pensiones, llegando a multiplicar por 5 el crecimiento de las pensiones de jubilación o triplicando la tasa de crecimiento del total de las pensiones, lo que originó que, si a principios de la década de los setenta esta modalidad de pensiones no llegaba a 1/6 del total de las pensiones, a finales de la misma se aproximase a 1/4 del total de pensiones²⁰.

¹⁸ A través de la Ley 24/1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁹ Si bien estos últimos se implantaron con carácter inmediato, mientras que las reformas en los ingresos —que debían darle cobertura económica— se demoraron, con su impacto en el desequilibrio económico del sistema. Vid. Cruz Roche, I. (1984): “Análisis económico...”.

²⁰ La evolución de la distribución porcentual de las diferentes modalidades de pensión en el período señalado fue la siguiente:

Clase de pensión	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Invalidez permanente	16,2	17,6	18,8	19,9	21,1	22,0	22,8	23,3	23,9	25,12
Jubilación	59,3	57,7	56,1	54,5	53,2	51,8	50,6	49,8	48,9	47,69
Viudedad	20,5	20,9	21,3	21,9	22,3	22,7	23,1	23,4	23,6	23,67

Fuente. Memoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 1982.

Evolución de las pensiones de Seguridad Social (1973-1982)

Año	Invalidez		Jubilación		Total pensiones	
	Num.	Inc. año ant.	Num.	Inc. año ant	Num.	Inc. año ant
1973	498.016		1.818.017		3.066.374	
1974	566.517	13,75	1.857.724	2,20	3.221.560	5,08
1975	639.830	12,87	1.910.707	2,85	3.040.476	5,68
1976	713.107	11,57	1.959.012	2,56	3.592.005	5,52
1977	801.581	12,48	2.019.397	3,06	3.799.908	5,79
1978	833.044	10,23	2.079.288	2,97	4.015.098	5,66
1979	962.319	8,95	2.133.515	2,59	4.217.699	5,05
1980	1.024.413	6,44	2.190.247	2,67	4.398.434	4,29
1981	1.106.402	8,00	2.261.999	3,28	4.626.612	5,19
1982	1.215.367	9,84	2.307.016	1,99	4.837.643	4,56

Fuente. *Memoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 1982*

Pero, con independencia del fuerte crecimiento de las pensiones de invalidez permanente en el período considerado, la especial preocupación radicaba en las diferencias observadas en el incremento de estas pensiones, en función del Régimen de Seguridad Social de pertenencia, siendo los regímenes que incorporaban trabajadores por cuenta propia los que mostraban un crecimiento más elevado que duplicaba o triplicaba —según los años— el correspondiente a los trabajadores por cuenta ajena en tasas que, de continuar, provocaría que en solo 3 ó 4 años se duplicase el número de personas beneficiarias de pensiones de invalidez permanente²¹.

²¹ La tasa de variación interanual del número de pensiones de invalidez en la segunda mitad de la década de los setenta del pasado siglo era la siguiente:

Régimen de Seg. Social	1976/75	1977/76	1978/77	1979/78	1980/79	1981/80	1982/81
General	13,90	13,83	9,55	10,29	7,18	8,60	11,54
RE T. Autónomos	37,94	35,70	32,28	31,22	16,54	15,16	13,71
Agrario cuenta ajena	13,87	13,52	12,13	7,93	6,03	8,32	11,67
Agrario c. propia	10,95	13,27	11,38	5,92	3,89	5,86	6,35
Trabajadores del Mar	19,20	16,18	11,75	8,80	21,99	6,38	11,40
Minería del Carbón	-4,20	-5,64	-3,22	-1,27	-0,20	-1,03	1,12
Empleados de Hogar	27,77	28,05	31,79	25,93	20,90	25,91	25,01
Total	11,46	12,41	10,15	8,98	6,45	8,00	9,85

Fuente. *Memoria del Instituto Nacional de la Seguridad Social. 1982.*

2.2. Las cifras anteriores son muestra de la problemática de las pensiones de incapacidad permanente, así como las propuestas que, en relación con las mismas, se efectúan en los diferentes documentos de reforma de la Seguridad Social, poniendo de manifiesto que el acceso a la cobertura y, especialmente, la *“objetivación de la situación protegible de la invalidez es quizás la más problemática de la acción protectora”*²², que permite un uso indebido de la protección, por lo que es preciso la *“revisión de la normativa en relación con la calificación ... con la finalidad de obtener una mejora procedimental, sin merma de las garantías de los beneficiarios”*²³.

De ahí, que se propusiera una nueva configuración de la *“invalidez como situación protegible... fortaleciendo los sistemas y procedimientos de revisión..., así como modificando en profundidad la configuración de los órganos de calificación, haciéndolos depender del Organismo gestor de las prestaciones”*²⁴, objetivando la delimitación de la situación protegida, haciéndola pivotar no solo en los aspectos médicos, sino en su incidencia en la capacidad real de trabajo, teniendo en cuenta, de igual modo, los aspectos sociales y económicos presentes y haciendo hincapié en la revisión de la situación invalidante declarada²⁵.

3. LAS MEDIDAS ADOPTADAS: LA REDUCCIÓN DE LA INCIDENCIA DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ PERMANENTE

3.1. A partir del ejercicio 1983, se comienzan a adoptar determinadas medidas que pretenden un mayor control de las situaciones de incapacidad, tanto la de naturaleza temporal²⁶, como la de carácter presumiblemente permanente, medidas que combinan unas relacionadas con la cobertura protectora, con otras que atienden aspectos de gestión.

²² Libro Blanco de la Seguridad Social. P. 242.

²³ Libro Verde de reforma de la Seguridad Social. P. 53

²⁴ Libro Rojo de reforma de la Seguridad Social. Tomo de Propuestas. Pp. 24 y ss.

²⁵ Como se ha señalado *“... cuando se ha dedicado especial atención a la problemática de la invalidez, ello va unido a la preocupación por los equilibrios financieros del sistema de la Seguridad Social, y por la racionalización y reducción de sus costes” “... ante un mayor rigor de los requisitos para el acceso a la jubilación y ante las dificultades de empleo para las personas maduras, ha existido una propensión a solicitar prestaciones de incapacidad permanente, cuyo número se incrementó de forma considerable”*. Vid. Rodríguez-Piñero, M, en el preámbulo de la obra *“La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente”*, coord. por A. Jiménez.

²⁶ Llamada entonces *“incapacidad laboral transitoria”*, denominación que es sustituida por la de *incapacidad temporal* en 1994.

3.2. Este proceso se va a iniciar a través del Real Decreto 1071/1984²⁷, mediante el cual y *“dadas las desviaciones observadas en la protección de la invalidez, sobre todo si se compara con las prestaciones por jubilación”²⁸*, se adoptan diferentes medidas relacionadas con la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas²⁹, al tiempo que se dictan reglas para un mayor control de las situaciones de realización de trabajos por parte de las personas beneficiarias de pensiones de invalidez de la Seguridad Social, con la obligación de las mismas de comunicar el inicio de las actividades a la entidad gestora. De igual modo, se crea una Comisión de Seguimiento de la protección de invalidez (descentralizada en cada una de las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de las correspondientes Comisiones Provinciales) con la finalidad de proceder a un análisis y seguimiento periódico de la prestación.

3.3. No obstante, las modificaciones más importantes van a derivar de las Propuestas contenidas en el Libro Naranja³⁰, en el convencimiento que era la rama de la invalidez *“la que evidencia una mayor necesidad de reforma, debiéndose poner freno al crecimiento incontrolado de inválidos, fruto del fácil desviacionismo hacia esta prestación originada en la falta de coordinación existente en el ordenamiento actual de las prestaciones de invalidez y jubilación”³¹*, proponiéndose una alternación del propio concepto legal de la invalidez; la clarificación de las conexiones entre el status de inválido y jubilado; la ampliación del período mínimo de cotización necesario para acceder a las prestaciones derivadas de enfermedad común; la evaluación y valoración de las situaciones invalidantes; una reordenación de las prestaciones a

²⁷ Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social. La Orden del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 6 de abril de 1983, incorporó normas a efectos del control de la incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social, a través de un procedimiento informático de los datos contenidos en los partes de baja/alta y de confirmación/continuación, mediante la utilización de la red de teleproceso y la información del Banco de Datos.

²⁸ Vid. el preámbulo del RD 1071/1984.

²⁹ Mediante el RD 1071/1984 se modifica la determinación de la base reguladora de las pensiones de invalidez absoluta y gran invalidez, derivada de contingencias comunes, que pasaban a calcularse —al igual que el resto de las pensiones— en función de la suma de las bases de cotización correspondientes a un período de 24 mensualidades, frente al promedio de las bases de cotización del año anterior a la declaración de la invalidez.

³⁰ O Documento Base para la reforma de la Seguridad Social para el Acuerdo Económico y Social. Madrid. 1985. Durante el período 1978/1985, se publicaron diferentes estudios e informes sobre la reforma de la Seguridad Social que popularmente fueron conocidos por el color de la cubierta de las mismas. En este sentido, se citan los Libros Blanco (1978), Amarillo (1981), Rojo (1981), Verde (1982), o Naranja (1985).

³¹ Libro naranja. P. 127.

otorgar en función de un nuevo diseño de la Seguridad Social; la potenciación de los mecanismos de revisión o las modificaciones de la configuración y funciones del órgano calificador, con mayor dependencia del organismo responsable de las prestaciones.

Algunas de las propuestas³² contenidas en el Libro Naranja van a implantarse en el ordenamiento jurídico a través de la legislación de urgencia que se aprueba ese mismo año³³, cuyo objetivo fundamental fue el reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de invalidez y de jubilación.

De este modo, se modifica el periodo mínimo de cotización exigible, en los casos en que la invalidez derivase de una enfermedad común, que pasó de los cinco años establecidos en la legislación anterior a un periodo variable en función de la edad en el momento de producirse la invalidez con un máximo de 15 años; se altera la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de contingencias comunes, situando su cálculo en las bases de cotización de los ocho años anteriores a la invalidez (en lugar de las bases de cotización de los dos últimos años empleados en la anterior legislación); se permite el acceso a las pensiones, en los grados de invalidez permanente absoluta y gran invalidez derivadas de contingencias comunes desde situaciones de no alta; o se establece la revalorización automática de las pensiones al comienzo de cada año, en función del índice de precios al consumo previsto para cada año.

En paralelo con la acentuación de los principios de contribución y proporcionalidad, posteriormente se implantan³⁴ en el sistema de la Seguridad Social una modalidades no contributivas de la protección de incapacidad³⁵, de modo que el acceso a las pen-

³² Algunas propuestas, como las relacionadas con el Órgano calificador, van a tener que esperar hasta la reforma de 1994, mientras que otras de mayor calado caerán en el olvido, como las relacionadas con la supresión de los diferentes grados de invalidez, pasando a considerar una única situación de invalidez, valorada en función de la incapacidad para el desempeño de la actividad que se viniese realizando con anterioridad a la declaración de la invalidez, o con respecto de cualquier actividad semejante.

³³ Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes de racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

³⁴ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de pensiones no contributivas de la Seguridad Social.

³⁵ Previamente, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos había establecido un catálogo de prestaciones a favor de las personas con discapacidad, dentro de las que se encontraban algunas de contenido económico (subsidios), los cuales (al menos, en lo referente a los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda por tercera persona) fueron sustituidos por las pensiones no contributivas de invalidez, sin perjuicio de mantener en el percibo de los mismos a quienes hubiesen accedido a la cobertura antes de la entrada en vigor de la Ley 26/1990.

siones no queda condicionado a la afiliación o a la acreditación de un determinado período de cotización, sino a la existencia de una situación a proteger (la invalidez en un determinado porcentaje de discapacidad —65%—) y la ausencia de recursos suficientes.

4. LA SITUACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ PERMANENTE TRAS LA APLICACIÓN DE LAS REFORMAS INCORPORADAS

4.1. La aplicación de las medidas, tanto de carácter normativo, como las de gestión antes señaladas, van a provocar un cambio radical en el panorama de las pensiones de invalidez permanente dentro del sistema de pensiones de Seguridad Social, de modo que la evolución de esta modalidad de pensiones entra en una “*vía de normalidad*” y de coherencia con el estado socio-sanitario de la población afiliada³⁶.

Si, en el decenio anterior, las tasas de crecimiento de pensiones de invalidez permanente duplicaban a las de jubilación, con mayor incidencia en los regímenes de trabajadores por cuenta propia, a partir de 1985 la evolución de las pensiones de invalidez permanente se sitúa por debajo de las pensiones de jubilación, y la tasa de crecimiento de las mismas es menor que la que experimenta el total de pensiones.

Esa evolución de las pensiones de invalidez se observa de igual modo en las tasas de crecimiento por regímenes, donde es espectacular la caída de las mismas en los regímenes de trabajadores por cuenta propia, con crecimientos —frente a la década anterior— bastante inferiores a los experimentados en el Régimen General y en otros regímenes de trabajadores por cuenta ajena³⁷.

³⁶ Las medidas anteriormente señaladas van a ir acompañadas por un plan completo de mejora de la gestión de la Seguridad Social, con especial incidencia en el ámbito de las prestaciones económicas, con medidas de simplificación administrativa (lo que supuso, entre otros efectos, la eliminación de más del 70 por 100 de los documentos requeridos para el reconocimiento de las prestaciones), de agilización en las fases de reconocimiento de aquéllas (con una reducción espectacular de los tiempos de tramitación), de informatización de los expedientes de pensiones, con un uso masivo de los procedimientos informáticos y mejora de las Bases de Datos de la Seguridad Social, así como su interconexión con los Registros y Bases de Datos existentes en otros Organismos y Administraciones Públicas y en materia de atención e información al ciudadano, poniendo los cimientos para la constitución de los posteriores Centros de Atención e Información de la Seguridad Social (CAISS). Un análisis de tales medidas se contiene en la publicación del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social “*Balance del Plan de Acción de la Seguridad Social. 1987-1990*”. Madrid, 1991.

³⁷ Con la salvedad del Régimen de Empleados de Hogar que mantiene una tasa de crecimiento de las pensiones de invalidez superiores a las del total sistema.

Evolución de las pensiones en vigor a 31 de diciembre

Año	Invalidez permanente		Jubilación		Total pensiones	
	Num.	Inc. Año anterior	Num.	Inc. Año anterior	Num.	Inc. Año anterior
1984	1.419.934	6,62	2.423.007	2,97	5.255.999	3,91
1985	1.459.383	2,78	2.470.202	1,96	5.396.517	2,67
1986	1.490.439	2,13	2.535.499	2,65	5.545.402	2,76
1987	1.516.942	1,78	2.618.961	3,28	5.708.849	2,95
1988	1.542.341	1,67	2.701.239	3,14	5.880.479	3,01
1989	1.558.368	1,04	2.772.149	3,63	6.032.267	2,58
1990	1.581.441	1,48	2.844.583	2,61	76.187.135	2,57
1991	1.602.543	1,39	2.926.309	2,87	6.347.973	2,60
1992	1.628.659	1,63	3.009.050	2,85	6.509.765	2,55
1993	1.654.591	1,59	3.141.673	4,41	6.769.903	4,00

Fuente. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Presupuestos de la Seguridad Social para el ejercicio 2014.

Evolución de la tasa de variación del número de pensiones de invalidez a 31 de diciembre

Año	R General	Autónomos	Agrario Cta. ajena	Agrario cta. propia	Empleados hogar	Total
1984	11,52	8,05	6,36	3,72	14,50	6,62
1985	5,10	3,92	3,00	2,02	9,70	2,78
1986	3,63	4,29	2,46	1,82	5,56	2,13
1987	3,25	3,91	1,38	1,35	5,29	1,78
1988	3,05	3,60	0,93	1,32	4,79	1,67
1989	2,15	2,54	0,47	0,70	3,92	1,04
1990	2,46	3,47	0,58	1,26	4,51	1,48
1991	2,15	4,04	0,40	1,04	4,30	1,33
1992	2,93	4,59	0,27	0,00	3,55	1,63
1993	3,56	4,35	-0,55	-0,46	2,33	1,59

4.2. Las últimas modificaciones establecidas en el período analizado, en relación con las pensiones de incapacidad permanente, van a estar referidas —siguiendo las propuestas del Libro Naranja— a la configuración del órgano calificador de la invalidez.

Si, desde la implantación del sistema de la Seguridad Social, el acceso a las prestaciones de incapacidad queda condicionado a la acreditación de una situación invalidante, cuestión que se residenciaba en los Organismos competentes en el ámbito de la gestión de la asistencia sanitaria³⁸, dentro de los mecanismos de mayor control respecto de las prestaciones de incapacidad permanente, en 1995³⁹ se produce una reforma sustancial en la gestión de estas prestaciones al residenciarse en la competencia del Organismo encargado de la misma (el Instituto Nacional de la Seguridad Social) también la correspondiente a la declaración de la situación de invalidez, a través de unos Órganos de composición multidisciplinar —los Equipos de Valoración de las Incapacidades (EVIs)—.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el sistema de Seguridad Social, y, en especial, tras la puesta en práctica de la mejora establecida por la Ley 24/1972, se observó un crecimiento anormal de las pensiones de invalidez permanente que se prolongó más de un década y que, de haber continuado, hubiera supuesto un grave problema para la estabilidad y consolidación del sistema de pensiones.

Frente a esa situación los responsables de la Seguridad Social en aquellos momentos, al frente de los cuales hay que situar a Adolfo Jiménez Fernández, fueron adoptando una serie de medidas, tanto en el ámbito normativo, como en las áreas de gestión, que tras un proceso paulatino de aplicación permitieron que esta modalidad de protección volviera a una senda de “normalidad”, en relación con el comportamiento que iba teniendo el gasto del sistema y, dentro del mismo, el gasto de pensiones.

Es cierto que, a pesar de ello, en los años siguientes se siguió hablando del fraude en la cobertura de la incapacidad, si bien poniendo más el énfasis en la denominada “*incapacidad temporal*”, que en la de carácter permanente⁴⁰, si bien las

³⁸ El entonces Instituto Nacional de Salud (posteriormente transformado en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) y, en su caso, los Servicios de Salud en las Comunidades Autónomas que hubiesen recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél en su territorio.

³⁹ Ley 42/1994, de 30 de diciembre, medidas fiscales administrativas y del orden social, así como Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, desarrolló la Ley 42/1994 en este aspecto y en otros en materia de incapacidades del sistema de Seguridad Social

⁴⁰ Por ejemplo, en el Acuerdo social de 1996, apartado E), se acuerda el establecimiento de programas de mejora de la gestión en relación con las modalidades de incapacidades, regímenes y ámbitos geográficos, en los que se estime que pueda existir una evolución anómala respecto de las previsiones y estudios realizados al efecto.

modificaciones que se fueron implantando, bien de carácter normativo⁴¹, bien en el ámbito de la gestión no tuvieron la incidencia de las que se han analizado en este trabajo, debido a que ya “*se habían puesto los diques para hacer frente a las vías de agua*” que esta modalidad de prestaciones económicas estuvo representando para el sistema público de pensiones de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

- CRUZ ROCHE I: “*Análisis económico de la Seguridad Social española: 1972-1982*”. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- ISTURIZ, J y otros. “*Problemas actuales de la Seguridad Social en España*”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1981.
- JIMENEZ FERNANDEZ, A “*La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*”. Escuela Libre Editorial. Madrid. 1999.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: “*Presupuestos de la Seguridad Social para 2014*”. (www.seg-social.es).
- MINISTERIO DE SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL: “*Política de Sanidad y Seguridad Social. La normativa del proceso de reforma*”. Madrid. 1978.
- “*Política de Sanidad y Seguridad Social. Criterios para una reforma*”. Madrid. 1978.
- MINISTERIO DE TRABAJO: “*Libro Blanco de la Seguridad Social*”. Madrid. 1977.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES “*Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social*”. Colec. Seguridad Social. 1996.

De igual modo, en el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social (2011), dentro del apartado XIII (“*Mejora de la gestión*”) se acuerda la adopción de medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude, dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones.

Por el contrario, en los dos Acuerdos sociales siguientes —los de 2007 y 2011— apenas se hace hincapié en el fraude en las pensiones de incapacidad permanente (aunque se sigue insistiendo en el uso indebido de la protección en el ámbito de la prestación de incapacidad temporal), dada la modificación operada, en el ámbito de la cobertura y de la gestión, respecto de esta modalidad de pensiones, en relación con su situación en décadas anteriores.

⁴¹ La modificación de la denominación de las pensiones de invalidez permanente que pasan a ser de “*incapacidad permanente*”; una mayor coordinación entre las pensiones de invalidez y de jubilación, de modo que, con carácter general, una vez cumplida la edad de jubilación no se accede a la de invalidez; la transformación nominal (ya que la misma no implicaba, salvo el nombre, modificación alguna de las prestaciones) de las pensiones de invalidez en pensiones de jubilación, cuando los beneficiarios de las mismas cumplían la edad de acceso ordinario a la jubilación; ligeras modificaciones en la determinación del complemento de gran invalidez o una mayor flexibilidad en el acceso a las pensiones de invalidez derivada de enfermedad común para beneficiarios menores de 31 años.

- "Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social"*. Colec. Seguridad Social. 2001.
- "Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social"* Colec. Seguridad Social. 2007.
- Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo"*. Colec. Seguridad Social. Madrid. 2003.
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: *"Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones (ASE)"*. Madrid. 2011.
- "Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo"*. Colec. Seguridad Social. Madrid. 2011
- MINISTERIO DE TRABAJO, SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL: *"Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social. (Libro Rojo)"*. Madrid. 1981.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL *"Proyección económico-actuarial de los gastos e ingresos de la Seguridad Social. 1985-1993"*. Cole Informes Madrid. 1985.
- "Documento Base para la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES)"*. Colec. Informe. Madrid. 1985.
- "Análisis económico financiero del sistema español de la Seguridad Social (1964-1985)"*. Colec. Informe. Madrid. 1985.
- "Balance del Plan de Acción de la Seguridad Social. 1987-1990"*. Colec. Informe de Seguridad Social. Madrid. 1991.
- "Informe sobre el Pacto de Toledo"*. Colec. Seguridad Social. Madrid. 1996.
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO: *"La Seguridad Social en España. Programa de mejora y racionalización (Libro Verde)"*. Madrid. 1982.
- VV AA *"La reforma de la Seguridad Social"*. Papeles de Economía Española. Num. 12/13. Madrid. 1981.

Capítulo XI

LA IMPORTANCIA DE LA PREVENCIÓN Y DE LA REHABILITACIÓN: EL PAPEL DE LAS MUTUAS

Heraclio Corrales

Director General de Ibermutuamur

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es reflexionar sobre las funciones preventivas y rehabilitadoras que se comprenden en nuestro Sistema de Seguridad social y en concreto en el ámbito de la protección de los riesgos profesionales, con especial atención a la actividad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

Todo ello en un contexto internacional en el que en materia de Seguridad Social se observa, como han reconocido los principales organismos internacionales especializados, un movimiento en el foco del papel tradicional más reactivo de proporcionar protección una vez que ocurre el accidente o la enfermedad, hacia un papel más proactivo en el cual las propias instituciones de Seguridad Social asignan mayores recursos a la promoción y prevención de la salud laboral.

Por tanto, unos sistemas de Seguridad Social dinámicos y cambiantes, que se enfrentan a una serie de retos globales derivados de una realidad social y económica en permanente evolución, especialmente marcada por la crisis económica que vivimos. Espero que estas reflexiones sirvan para plantear preguntas y ofrecer algunas respuestas compatibles con la articulación de la protección a la nueva realidad, como digo desde el prisma singular y propio de las Mutuas.

Así, con carácter general, quiero destacar en primer lugar la necesidad de garantizar la protección integral frente a los riesgos de origen profesional, cuestión que

en nuestro país llevan a cabo las Mutuas. La importancia de este concepto es clave para valorar la verdadera dimensión de las funciones preventivas y rehabilitadoras que desarrollan estas entidades que, si bien nacieron con una actuación centrada exclusivamente en el aseguramiento del accidente de trabajo, en su marco actual de colaboración aseguran a la población trabajadora esta protección integral, aunando prevención, asistencia sanitaria, prestaciones económicas, rehabilitación y readaptación profesional.

Una protección integral que es un activo propio de nuestro sistema de Seguridad Social, dado que contamos con entidades especializadas, las Mutuas, a las que poder atribuir de forma conjunta las funciones relacionadas con todo el ciclo de la protección. Por tanto, la garantía de unidad de este proceso es un bien irrenunciable en sí mismo, pues la quiebra del mismo reduce la efectividad y sinergias del Sistema de protección social en las contingencias profesionales.

Este no es un tema baladí, ya que de acuerdo con las estimaciones más frecuentes el gasto derivado de esta protección del accidente de trabajo y la enfermedad profesional se sitúa entre un 2,5 y un 4% del PIB en la Unión Europea y próximo al 10% en la Comunidad Iberoamericana (según datos de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social), de forma que estamos ante un asunto de enorme trascendencia.

Dentro de esta protección integral, las dos cuestiones que han sido menos desarrolladas históricamente por nuestro sistema de Seguridad Social son, precisamente, la prevención de riesgos laborales así como la rehabilitación y readaptación del trabajador una vez sufrido el accidente de trabajo. Pero en cambio ambos aspectos, inicio y final del ciclo de protección, se configuran como importantes retos de presente y futuro pues del tratamiento que se haga de los mismos se derivarán importantes eficiencias y beneficios para la salud de la población trabajadora, sus familias, su entorno, su empresa y, por supuesto, para el propio sistema.

Por ello, su desarrollo debe ser un objetivo fundamental para el conjunto de las Administraciones Públicas y en este camino es importante la aportación de las Mutuas, por su experiencia, por su capacidad, resultados y por su conocimiento en estas materias. Son entidades comprometidas con la mejora de la atención y la salud laboral de las empresas asociadas y de los trabajadores protegidos, que prestan servicio a nuestro mercado de trabajo, lo que implica un alto nivel de interlocución con empresas, trabajadores y agentes sociales.

2. LA PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN EN NUESTRO SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

a. Prevención de riesgos laborales

La prevención es el primer eslabón de la cadena protectora frente a los riesgos laborales o, dicho de otro modo, la única vía para evitar o reducir las consecuencias de los accidentes en el trabajo. En España comenzó a desarrollarse a comienzos del siglo XX, desde la entrada en vigor de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, aunque ya en el siglo anterior se habían desarrollado algunas normas en la materia, por ejemplo en relación a la protección de la población infantil.

Durante la primera mitad del siglo se llevó a cabo un desarrollo normativo cada vez más intenso en esta materia, siendo un punto de inflexión la publicación del Convenio 155 de la OIT, sobre la Seguridad y Salud de los Trabajadores. Dicho Convenio fue ratificado por numerosos países, entre ellos los de la futura Unión Europea, adquiriendo el compromiso de aplicar sus indicaciones. En nuestro caso, el Gobierno de España lo ratificó en el año 1985.

Aún cuando existía abundante normativa anterior, fue a partir de la entrada en vigor de la Constitución Española, de la normativa laboral derivada del Estatuto de los Trabajadores y especialmente desde la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, cuando se desarrolló de forma integral esta materia en nuestro país, fruto de la transposición de la Directiva Marco 89/391.

Dicha Directiva, cuyo objetivo era armonizar el desarrollo normativo en esta materia en los diferentes países miembros de la Unión Europea, sería fundamental para que unos años más tarde, en 1995, se promulgara en nuestro país la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995), a partir de la cual se generaron abundantes reglamentos de desarrollo sobre riesgos específicos y sectores de especial peligrosidad. Así, se iniciaba la transición desde los sistemas de prevención anteriores, más elementales, a una organización más compleja de la prevención que es la que se ha ido consolidando desde entonces.

Hasta la publicación de la citada Ley 31/1995, las actividades preventivas eran desarrolladas en general por las propias empresas y también por las Mutuas, puesto que en definitiva eran las organizaciones mejor configuradas para llevar a cabo esta labor, dados los recursos que destinaban a la misma, así como por su mayor conocimiento y cercanía a las empresas y al accidente laboral.

De esta manera, las Mutuas fueron agentes pioneros e impulsoras de la actividad preventiva en nuestro país, convirtiéndose en los primeros Servicios de Prevención

Ajenos creados a partir de la aprobación y publicación del Reglamento de los Servicios de Prevención de 1997, fruto también de la adecuación de la mencionada Directiva Europea 89/391 a la normativa española.

Pero a partir de la entrada en vigor, unos años más tarde, del Real Decreto 688/2005, las Mutuas tuvieron que retirarse de esta función y llevar a cabo el proceso legal de separación jurídica y económica de sus servicios de prevención, constituyendo a tal efecto las Sociedades de Prevención, cuyo titular es el patrimonio histórico de las propias Mutuas. Estas Sociedades actúan hoy en el mercado al igual que el resto de servicios u operadores mercantiles, aún cuando su marco regulador no ha sido totalmente actualizado de acuerdo con esta consideración.

Este proceso de segregación ha derivado en que las actividades preventivas de las Mutuas, que ejercen con cargo a las cotizaciones sociales de contingencias profesionales, queden delimitadas al fomento de la integración de una cultura de la prevención en la gestión empresarial, junto a otras acciones formativas y generalistas.

Si bien, como veremos en el apartado siguiente, existen otras actividades que las Mutuas realizan en prevención de riesgos laborales, por ejemplo aquellas que son posibles gracias a los niveles de eficiencia alcanzados por el Sector, posibilitando que anualmente se dote el Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social.

En este marco preventivo general que he tratado de dibujar brevemente, deben reconocerse los pasos y avances conseguidos en este periodo en la lucha contra la siniestralidad laboral y en la apuesta por la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores. A ello han contribuido los diferentes agentes: empresas, trabajadores, Mutuas, servicios de prevención y por supuesto también las Administraciones, que han llevado a cabo políticas activas en esta materia, a partir de la implementación de planes y estrategias como la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, así como sus respectivos planes de acción anuales.

Pero a pesar del camino recorrido, lo cierto es que todavía los índices de siniestralidad en nuestro país están por encima de las medias europeas. Aunque en los últimos años hemos asistido a una importante reducción de los citados índices, ésta se debe principalmente a la caída de la actividad económica, de forma que la necesidad de seguir avanzando en materia de prevención sigue siendo algo indispensable para nuestro tejido productivo.

A esta circunstancia hay que sumar que a día de hoy nos encontramos en muchos casos con una prevención de carácter formalista, poco integrada en los pro-

cesos productivos de las empresas y en las políticas laborales, especialmente en las organizaciones de menor tamaño (PYMES). Una prevención en la que continúa habiendo colectivos especialmente sensibles a la siniestralidad, como los trabajadores más jóvenes o los pertenecientes a determinados sectores de actividad, como la construcción o las industrias extractivas.

Por tanto, todavía queda mucho camino por recorrer, siendo necesario redoblar esfuerzos para evolucionar los Sistemas de Protección de Riesgos Profesionales hacia la prevención como eje central, ya que cuanto más se evite recurrir a los mecanismos recuperadores, económicos, prestacionales o asistenciales, más eficaz y eficiente será un Sistema de Protección. A pesar de que pueda parecer una evidencia, insisto en esta idea porque, como he mencionado, los sistemas han avanzado más en la vertiente de la protección a posteriori que en la prevención, donde existe todavía un importante déficit.

En este camino debemos apostar por una prevención real, de calidad, integrada en los sistemas de gestión de las empresas, en las políticas de gestión de personas, en la que participen tanto empresarios como trabajadores. Al mismo tiempo, este tipo de prevención dinámica también debe incorporar los llamados riesgos emergentes, entre los que destacan los de carácter psicosocial, tratando de obtener respuestas para los mismos, así como en el estudio de las enfermedades profesionales.

Una prevención que, asimismo, se configure como sinónimo de mejora de la competitividad y de la productividad para las propias empresas. En este sentido, como reconocen las principales instituciones, la prevención es más eficaz y menos costosa que el tratamiento y la rehabilitación, siendo avalada esta afirmación por estudios internacionales en los que se estima que por cada euro que anualmente invierten las empresas por empleado en la prevención de riesgos laborales, se puede esperar un rendimiento económico aproximado de 2,2 euros.

b. Rehabilitación y readaptación profesional

La otra gran asignatura olvidada por los Sistemas de Seguridad Social es la reinserción laboral, es decir, la rehabilitación total del trabajador una vez sufrido el accidente o la enfermedad profesional, siendo el último eslabón de una cadena protectora que se iniciaba con la prevención.

De hecho, es una actividad que quizás ha sido más desarrollada desde el plano de las fundaciones, entidades sociales y sin ánimo de lucro, o por las llamadas

ONG's más que por la propia Seguridad Social, aunque las Mutuas también han desarrollado determinadas actividades de forma integrada con el contenido general de la protección. Así, las entidades sociales han ocupado con frecuencia ese lugar tan importante dentro del engranaje del Sistema, ayudando a los trabajadores y especialmente aquellos con situaciones importantes de necesidad.

En cualquier caso, independientemente de quien la desarrolle y al igual que ocurre en materia preventiva, se trata de una función que eficazmente desarrollada aporta una perspectiva complementaria y de legitimidad social al Sistema asegurador y capaz de lograr importantes beneficios sociales, públicos y personales.

Tal y como reconoce la OIT, en las coberturas de riesgos del trabajo es indispensable que el órgano responsable de la rehabilitación conozca precozmente los casos en que se presume que quedará una limitación funcional que impedirá el ejercicio de la actividad laboral habitual del trabajador. Anticiparse a la situación, evaluando las capacidades profesionales del trabajador, reorientándole en el mundo laboral, prestándole asistencia y formación, teniendo presente todo su entorno, ayudará al éxito de la propia readaptación laboral.

Lo cierto es que, como reconoce la OISS en su Programa sobre empleo de las Personas con Discapacidad en Iberoamérica (2012), el empleo es una de las principales vías de inclusión social de las personas con discapacidad, ya que no sólo genera beneficios para el propio trabajador (autonomía, autoestima...) sino que tiene efectos positivos para toda la comunidad y los sistemas de Protección Social, al aumentar la cohesión y aprovechar un valioso capital humano.

Además, sobre esta cuestión hay que insistir en la necesidad de que los propios Sistemas de Protección incidan en la sensibilización y en la concienciación social con respecto a la readaptación profesional, haciendo cada vez más real la posibilidad de que los trabajadores con limitaciones funcionales puedan volver al mercado de trabajo y a su entorno socio-familiar.

En resumen, concluyo este repaso de las funciones preventivas y rehabilitadoras de nuestro Sistema destacando nuevamente no sólo la integralidad del ciclo de protección, sino el énfasis que debemos poner todos los agentes e instituciones relacionadas con la Seguridad Social en el fomento de la prevención y en la provisión de servicios de tratamiento, asistencia y rehabilitación, todo ello en línea con el nuevo concepto de Seguridad Social dinámica. Se trata, en definitiva, de ampliar el concepto más clásico de la reparación del accidente y construir el vínculo más estrecho entre prevención, indemnización y rehabilitación.

3. ACTIVIDAD DE LAS MUTUAS EN PREVENCIÓN Y REHABILITACIÓN

Una vez contextualizado el marco general de actuación en materia preventiva así como en relación a la rehabilitación y la readaptación profesional del trabajador, paso a continuación a describir brevemente las principales actuaciones que las Mutuas desarrollan en ambos aspectos, de acuerdo con los ámbitos y coberturas en que estas entidades colaboran con el Sistema de Seguridad Social.

a. Prevención de riesgos laborales

En primer lugar me refiero a la materia preventiva, donde un rol importante debe ser asumido por los mismos agentes que gestionan el seguro del accidente de trabajo, en línea con el concepto de integralidad descrito. Hoy en día, es evidente la relación existente entre los sistemas de prevención de riesgos profesionales y los sistemas de aseguramiento, entre otras causas por los vínculos existentes entre los instrumentos de financiación del seguro y las políticas preventivas.

En relación a las actuaciones que realizan las Mutuas, como ya he indicado, son el antecedente más relevante de la prevención de riesgos en nuestro país. Pero en la actualidad el proceso de segregación de las Sociedades de Prevención quizás ha desplazado a un segundo plano la función preventiva de estas entidades, la llamada actividad de prevención “con cargo a cuotas”, puesto que al citado proceso de segregación se suma otro factor como es la limitación presupuestaria impuesta para la realización de estas actividades preventivas, actualmente fijada en el 0,5% de las cotizaciones sociales de contingencias profesionales (de acuerdo con la Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social de 30 de junio de 2009 y renovada anualmente también a nivel de Resolución).

Para entender el alcance de esta limitación es interesante recordar que, según datos sectoriales ofrecidos por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo (AMAT), las Mutuas llegaron a destinar anualmente años atrás cuantías equivalentes de hasta un 5% de la recaudación por Contingencias Profesionales a actividades preventivas. O, en el plano internacional, que en países como Alemania las BG's (las equivalentes a las Mutuas, para entendernos) vienen invirtiendo en los últimos años en actividades preventivas un importe equivalente prácticamente al 10% de sus ingresos (9,67% en 2009).

El marco de actuación para las Mutuas en esta materia se encuentra regulado en el artículo 68.2.b) de la Ley General de Seguridad Social, el artículo 13 de su Reglamento de Colaboración y en otras normas como la Orden Ministerial 3623/2006,

por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social. A partir de este marco, paso a describir brevemente las principales actividades preventivas que llevan a cabo estas entidades a día de hoy.

En primer lugar, retomando la citada Orden 3623/2006, en su artículo 2 se recogen las actuaciones de carácter generalista que pueden llevar a cabo las Mutuas. Como he indicado previamente, estas actividades se dirigen en general a fomentar la integración de una cultura de la prevención en la gestión empresarial, junto a otras acciones divulgativas y generalistas, orientadas principalmente a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y a aquellas en las que existen actividades de mayor riesgo de sufrir un accidente.

Con este punto de partida, a partir de la publicación de esta Orden, anualmente la Secretaría de Estado de Seguridad Social publica una Resolución, la última con fecha de 13 de mayo de 2013, por la que se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las Mutuas en la planificación de sus actividades en el año que corresponda. Esta resolución recoge los programas prioritarios en los que trabajar y a partir de la misma las Mutuas deben elaborar sus respectivos planes de actividades preventivas, ajustándose estrictamente a los programas, actividades, criterios, prioridades y objetivos establecidos en la propia resolución.

A estas actividades fueron destinadas por el conjunto del Sector, de acuerdo con datos de AMAT relativos a 2012, un total de 24,5 millones de euros, un 0,42% de las cuotas devengadas por contingencias profesionales, con una plantilla de 386 técnicos de prevención dedicados a esta materia. Esta inversión se dirigió a 29.571 empresas en las que prestaban servicio aproximadamente 1,3 millones de trabajadores y, siempre según los datos de la Asociación, se logró reducir los índices de incidencia en esta población laboral en un 29,9% frente a la reducción del índice de incidencia general del país que fue del 17,6%. Y todo ello sin sustituir las obligaciones legales de las empresas, como señala el artículo 13 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas.

Por otro lado, quisiera hacer referencia a otras actuaciones preventivas desarrolladas por estas entidades, si bien no se encuadran en el marco general establecido en el citado artículo 2 de la Orden 3623/2006. Me refiero, en primer lugar, a la puesta en marcha del sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales para las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, incorporado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 y desarrollado posteriormente a través del Real Decreto 404/2010.

Este sistema, más conocido como bonus, se puso en marcha con el objetivo de establecer incentivos económicos para las empresas que reduzcan su siniestralidad, con inversiones cuantificables en prevención de riesgos laborales y por la realización de actuaciones efectivas en este sentido respecto del accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

El papel que desarrollan las Mutuas en el bonus tiene un doble componente. Por un lado son los actores principales en su gestión, dado que anualmente dan traslado a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de las solicitudes realizadas por todas aquellas empresas que declaran cumplir con los requisitos que establece el citado RD 404/2010 para su obtención. Y, a la vez, el propio sistema se financia exclusivamente con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social, dotado anualmente con cargo al resultado de la gestión de las Mutuas en contingencias profesionales, permitiéndose un volumen máximo de recursos en cada ejercicio equivalente al 3% del saldo de dicho Fondo.

Los recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación son destinados también a otras actuaciones preventivas de nuestro Sistema de Protección, como al sostenimiento de instituciones como el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo o la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, así como para la creación o renovación de centros o servicios de prevención y rehabilitación gestionados por las Mutuas.

Por otro lado, otro aspecto preventivo que quisiera destacar en las Mutuas es el relacionado con la gestión de las prestaciones que estas entidades tienen encomendadas, por ejemplo la de Riesgo durante el Embarazo y la lactancia natural, gestionada por las Mutuas desde 2007 y a la que me referiré más adelante con mayor detalle.

En esta prestación, las Mutuas deben acordar con las empresas, después de un análisis preventivo pormenorizado del puesto de trabajo en cada caso, actuaciones en primera instancia como la reubicación en otro puesto de la misma empresa de la trabajadora para que desaparezca el contacto con el riesgo que está dando origen a la prestación. De esta forma, también en la gestión de las coberturas que tienen encomendadas se percibe la vertiente preventiva que deben tener las Mutuas como entidades colaboradoras, siempre en línea con esa Seguridad Social dinámica a la que anteriormente hacía referencia.

Finalmente, hacer también mención a los programas de investigación que en esta materia han puesto en marcha las Mutuas en los últimos años, en relación a las principales causas u orígenes de la siniestralidad laboral así como en el

estudio de las patologías más prevalentes en el entorno laboral o sobre los nuevos riesgos emergentes. De estos estudios se han difundido conclusiones y recomendaciones generales con el objetivo de reducir la siniestralidad laboral en las empresas.

Todo ello orientado, en definitiva, a mejorar la salud laboral de los trabajadores protegidos, en un contexto en el que, tal y como refleja el 3º Objetivo General de la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013, deben promoverse *“...políticas de colaboración entre las instituciones, entidades preventivas, aseguradoras de riesgos, junto a universidades, centros educativos, centros de investigación, etc., que generen programas y proyectos de investigación, desarrollo e innovación relacionados con la seguridad y salud laboral”*.

En conclusión, en materia preventiva es muy importante recomendar la profundización y los esfuerzos de coordinación entre los sistemas de prevención y aseguramiento, desde su diseño hasta la gestión de ambos. De acuerdo con la doctrina internacional, un sistema de aseguramiento es mejor cuando integra las prestaciones preventivas o, como reconoce la OIT, *“...dado que los regímenes de seguro se benefician con la reducción del número de accidentes y enfermedades, es lógico y moralmente correcto destinar las primas recaudadas a la prevención más que a la indemnización”*.

La conexión entre ambos sistemas será una de las claves que promuevan el avance en la reducción de la siniestralidad que, además, beneficiará incuestionablemente a los propios sistemas de aseguramiento. Por tanto, hay un papel importante a desempeñar en esta materia por la Seguridad Social y en buena medida a través de las Mutuas, sin sustituir a las empresas en sus obligaciones legales.

b. Rehabilitación y readaptación laboral

En este apartado me referiré a las actuaciones que las Mutuas llevan a cabo en esta materia, incluyendo las actividades de rehabilitación, la reinserción laboral del trabajador al mercado de trabajo, así como las ayudas de asistencia social que prestan estas entidades.

En relación a las actuaciones rehabilitadoras que las Mutuas llevan a cabo en favor de los trabajadores accidentados, tanto a nivel físico como en lo relativo a la salud mental, estas entidades disponen de una amplia red asistencial que cuenta con 1.200 centros de servicio, así como con 20.500 profesionales de los cuales más de la mitad son personal facultativo y sanitario.

Esta dotación de medios humanos y materiales permite a las Mutuas tratar de manera especializada determinadas patologías, especialmente aquellas de origen traumatológico y osteomuscular, que son las causantes de buena parte de los días de baja que sufren los trabajadores de nuestro país, permitiendo la recuperación plena de la salud del propio trabajador y su reincorporación temprana al puesto de trabajo. Así lo demuestran los datos sectoriales de duración de los procesos, sensiblemente inferiores en las propias Mutuas en relación a los Servicios Públicos de Salud, a los que más tarde haré referencia.

Por ofrecer algún dato general sobre estas prácticas rehabilitadoras, indicar que las seis Mutuas de mayor tamaño (que agrupan al 75% de las cotizaciones sociales del Sector) llevaron a cabo durante el año 2012 más de 3,5 millones de sesiones de rehabilitación física en sus instalaciones, de acuerdo con los datos anuales de sus memorias de gestión. Y eso teniendo en cuenta el descenso de la siniestralidad laboral que hemos vivido en estos últimos años y la caída de la población protegida y de la afiliación al Sistema de Seguridad Social.

Por tanto, estamos ante unas entidades que disponen de una gran capacidad de prestación de servicio en esta materia, cuyo aprovechamiento por el Sistema de Protección Social puede aumentar con una adecuada coordinación con los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas.

Además, en materia de readaptación profesional, la actividad de estas entidades se concentra principalmente (aunque no de forma exclusiva) en las actuaciones desarrolladas a través de un órgano de participación como es la Comisión de Prestaciones Especiales, encargada de conceder los beneficios de asistencia social que hayan de ser satisfechos por las Mutuas con cargo a los créditos presupuestarios de cada ejercicio, si bien en el pasado existía en cada entidad el llamado Fondo de Asistencia Social. Dicho Fondo se dotaba en función de los resultados anuales de las entidades, en concreto con el 10% del exceso de excedente de las contingencias profesionales, si bien en la actualidad y de forma transitoria, dichos Fondos tienen naturaleza presupuestaria.

La Comisión de Prestaciones Especiales, que tiene una composición paritaria en la que se integran representantes de los trabajadores empleados por las empresas asociadas y representantes de los empresarios asociados, concede aquellos servicios y auxilios económicos que se consideren precisos en favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y a sus derechohabientes que, habiendo sufrido un accidente de trabajo o estando afectados por enfermedades profesionales, se encuentren en estados o situaciones de necesidad. En cualquier caso, estas ayudas siempre deben ser diferentes de las prestaciones reglamentarias que gestionan las Mutuas.

Entre las principales ayudas ofrecidas están los programas de formación individuales, las ayudas para la eliminación de barreras arquitectónicas, las ayudas económicas para gastos de hipotecas o las ayudas por gastos escolares, por ejemplo los gastos derivados del comedor o la guardería de los hijos.

Además, dentro de estas actuaciones se destacan aquellos programas que tienen que ver con la reinserción laboral del trabajador con dificultades para incorporarse nuevamente a la vida profesional, dado que ha sufrido un accidente cuya gravedad origina secuelas que le obliga a abandonar la ocupación que venía realizando y buscar otro empleo.

Nuestra legislación, en concreto el artículo 141 de la Ley General de Seguridad Social, y de forma congruente con la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), permite que un trabajador esté en situación de incapacidad permanente, por tanto percibiendo una pensión vitalicia, y a la vez que lleve a cabo el desempeño de una actividad laboral, siempre y cuando las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad.

La realidad es que, en muchos casos, las personas que han sufrido las graves consecuencias de un accidente o enfermedad profesional se ven abocadas al desempleo o a la recolocación en puestos de muy escasa cualificación, convirtiéndose en un colectivo especialmente vulnerable a las exigencias y condiciones del mercado de trabajo (movilidad, especialización, cargas de trabajo...).

A través de los citados programas, las Mutuas tratan de lograr su vuelta a la actividad productiva, ofreciéndoles orientación laboral, trabajando en el desarrollo de nuevas habilidades y preparándoles para la búsqueda activa de empleo, facilitando así su acceso al propio mercado de trabajo. Se trata de una actividad en la que las Mutuas poseen una amplia experiencia y trayectoria, aportando un valor añadido del que se pueden beneficiar no sólo los trabajadores accidentados, sino también sus familias, sus empresas y, en general, el conjunto del Sistema de Protección Social.

De acuerdo con los datos que ofrece AMAT en relación a los años 2011 y 2012, los importes totales destinados por el Sector a este tipo de ayudas fueron de aproximadamente 21 millones cada ejercicio, cifra que asciende a más de 90 millones en el periodo comprendido entre 2008 y 2012.

Finalmente, quisiera hacer mención a las actividades relacionadas con la readaptación profesional que las Mutuas llevan a cabo en la propia gestión de las prestaciones que tienen encomendadas, como ya he explicado en el caso de la

prevención. Como ocurre en las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, los estudios individualizados permiten adaptar el proceso de reconocimiento de las prestaciones y la adecuación de las mismas a los puestos de trabajo, adaptando las condiciones del propio puesto y su correcta adecuación para posibilitar la reincorporación laboral de la trabajadora.

En conclusión, las Mutuas han jugado un papel clave en el desarrollo de las actividades preventivas y recuperadoras de nuestro Sistema, con unos resultados que reflejan su capacidad, potencialidad, experiencia y conocimiento, así como su cercanía al mercado laboral y a las empresas de nuestro país. Todos estos factores las convierten en los agentes clave para llevar a cabo los objetivos que puedan plantearse en ambas materias, prevención y recuperación, así como en el resto de actividades que desarrollan en el marco de la colaboración con la Seguridad Social, como veremos a continuación.

4. COLABORACIÓN DE LAS MUTUAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL

En la segunda parte de este artículo querría desarrollar la potencialidad y el beneficio que proporciona el modelo global de las Mutuas, pues como he indicado son entidades especializadas a las que poder atribuir de forma conjunta no sólo las funciones preventiva y rehabilitadora descritas, sino todo el ciclo de la protección frente al riesgo profesional, incluyendo por tanto además la gestión de las prestaciones económicas y la asistencia sanitaria.

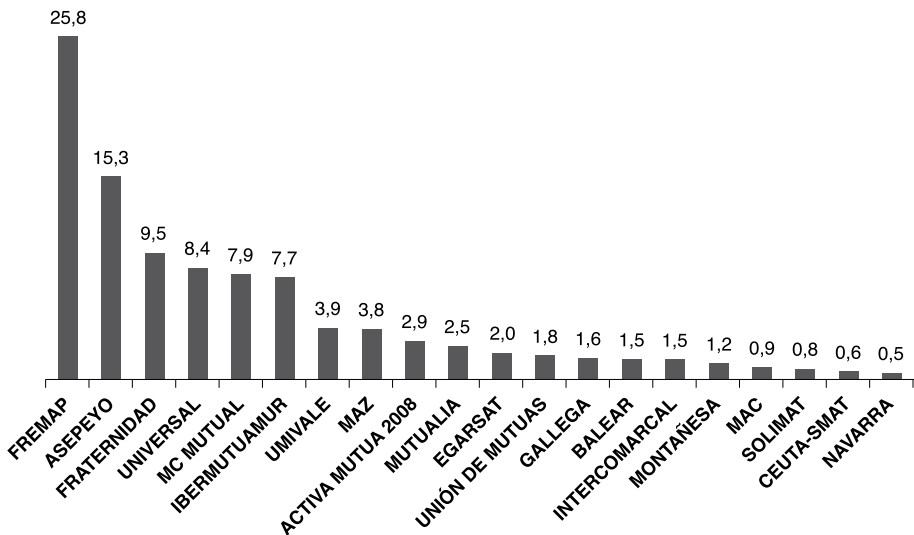
Una gestión integral a la que se ha sumado en los últimos años la asunción de nuevas prestaciones y la protección de nuevos colectivos, situación que ha completado especialmente la gestión que llevan a cabo y las ha convertido en las entidades con mayor capacidad y experiencia para gestionar las llamadas prestaciones a corto plazo de la Seguridad Social, con un incremento claro de su participación en el Sistema de protección social. Del mismo modo, como se ha descrito, esto ha ido ampliando también el foco de las actuaciones preventivas y rehabilitadoras que desarrollan.

Inequívocamente, las Mutuas son entidades capaces y especializadas, que disponen de un intangible muy útil para contribuir a la vertebración de un sistema integrado de protección social en el que estén alineados los objetivos de empresas, trabajadores y de la propia Seguridad Social. A continuación describo este modelo de colaboración, haciendo especial referencia a su relación con las políticas preventivas y rehabilitadoras.

a. Configuración actual del Sector

Actualmente operan en nuestro país veinte Mutuas, si bien en los años ochenta y noventa llegaron a actuar simultáneamente más de doscientas, muchas de ellas en ámbitos territoriales muy limitados y con una actividad centrada en sectores económicos muy concretos. Del proceso de concentración vivido han resultado entidades con un volumen de gestión muy desigual entre ellas, ya que seis Mutuas agrupan aproximadamente el 75% de las cotizaciones sociales gestionadas, siendo previsible que este proceso continúe en los próximos años, concentrándose en entidades de mayor tamaño y/o de clara identificación con un ámbito territorial.

En el siguiente cuadro se muestran las Mutuas que operan en la actualidad, así como el peso en porcentaje de trabajadores protegidos que tiene cada una de ellas respecto al conjunto del Sector, de acuerdo con datos al cierre del ejercicio 2012:



b. Principales magnitudes sectoriales

- Las Mutuas protegen en la actualidad las contingencias profesionales del 95% de los trabajadores de nuestro país y al 98% de las empresas españolas. En total, 12 millones de trabajadores y en torno a 1,5 millones de empresas.

- Lo anterior se traduce, en términos económicos, en que el Sector gestionó un total de 9.400 millones de euros de cuotas de la Seguridad Social en 2012. Por tanto, gestionan aproximadamente el 1% del PIB del país o, dicho de otro modo, una cantidad próxima al 10% del presupuesto de la Seguridad Social.
- Las Mutuas cuentan con una red de servicio próxima a 1.200 centros y con más de 20.500 profesionales en plantilla.
- Respecto a la gestión de las prestaciones de Incapacidad Temporal, los gastos se sitúan en el 10,9% de las cuotas en el caso de la de origen laboral y en el 84,6% en el caso de las contingencias comunes.
- El Sector tuvo un resultado total agregado en 2012 del 9,8% sobre el total de cuotas devengadas, lo que facilita la solvencia de las Entidades y la estabilidad del propio Sector. Por su parte, el volumen total de las provisiones y reservas obligatorias asciende a 6.600 millones de euros.
- Del mismo modo, los resultados obtenidos han permitido retornar al Sistema de Protección social en los últimos 5 años 2.550 millones de euros al Fondo de Prevención y Rehabilitación y 800 al Fondo de Reserva de la Seguridad Social, garante de nuestro sistema de pensiones. En total, en torno a 3.350 millones, cifra que cobra un especial valor dado que nos estamos refiriendo al periodo de mayor crisis económica vivido en nuestro país en las últimas décadas.
- Igualmente, los resultados alcanzados durante estos años han permitido que se hayan llevado a cabo sucesivas rebajas en las cotizaciones sociales por contingencias profesionales que abonan las empresas. Así mismo, a partir de las eficiencias sectoriales, se ha establecido sistemas como el bonus y se han previsto otros similares financiados a partir de estos ahorros para promover la reducción del absentismo, si bien está todavía pendiente de desarrollo reglamentario.

c. Características generales de las Mutuas

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de acuerdo a su denominación actual, son asociaciones de empresarios sin ánimo de lucro (art. 68.1 de la Ley General de la Seguridad Social), que colaboran con la Seguridad Social en la gestión de determinadas prestaciones y coberturas que tienen encomendadas, como ya he comentado.

Su regulación básica se encuentra recogida tanto en la Ley General de la Seguridad Social como en el Reglamento General sobre su colaboración (Real Decreto

1993/1995). Un marco normativo que en la actualidad está en proceso de revisión, puesto que la disposición adicional 14ª de la *Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, encomendó al Gobierno la actualización del mismo con arreglo a una serie de criterios y finalidades. Fruto de esta revisión, a día de hoy se conoce el texto del Anteproyecto de lo que será la conocida como “Ley de Mutuas” (aunque, propiamente, no reciba esta denominación).

Para encontrar el origen del mutualismo laboral debemos remontarnos a la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, a partir de la cual las Mutuas se constituyeron como entidades privadas, con una actuación centrada exclusivamente en el aseguramiento del propio accidente de trabajo, cuestión que fue obligatoria para las empresas desde años posteriores. Particularmente, querría remarcar la existencia de este paralelismo entre el inicio de las actividades de las Mutuas y el desarrollo de la prevención a la que aludía anteriormente en la primera parte de este artículo, derivado del modelo de mutualización del riesgo.

Es a partir de la Ley de Bases de 1963 y de la promulgación de la primera Ley General de Seguridad Social de 1966, cuando se excluyó de la participación a las aseguradoras privadas en la protección de las contingencias profesionales y se acuñó el concepto de colaboración en la gestión, desarrollándose ésta por entidades asociativas sin ánimo de lucro, centradas en el Accidente de Trabajo y la Enfermedad Profesional. Por tanto, desde 1967 se empieza a utilizar un concepto más próximo al que hoy día tenemos de las Mutuas.

En el marco de colaboración, como asociaciones de empresarios que son, los empresarios asociados tienen una responsabilidad mancomunada, es decir, comparten el riesgo de tener que hacer frente a una eventual derrama derivada de la gestión económica de las Mutuas, tal y como se recoge en el artículo 68 de la LGSS y el 8 del Reglamento de Colaboración. Pero, en cambio, no se benefician directamente de los excedentes de la gestión que obtienen estas Entidades, que retornan anualmente a la Seguridad Social y a las reservas de las propias Mutuas.

Además, la ausencia de ánimo de lucro recogida en el citado artículo 68 es determinada por la naturaleza Mutua de estas Entidades y por la inexistencia de un modelo de propiedad asociado a la Mutua.

Por otro lado, en su condición de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social gestionan recursos y servicios públicos, lo cual hace que su regulación, inspección y supervisión corresponda a la Administración del Estado, a través de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y organismos adscritos. La Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 71.1, denomina a estas facultades de “dirección y tutela”.

d. Descripción funcional del Sector de Mutuas

Respecto a su ámbito de actuación, se recoge en el artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Social. Así, al tratamiento integral de los riesgos profesionales, al que he dedicado buena parte de este artículo, se suman otra serie de funciones, actividades y coberturas que las Mutuas han asumido como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, destacando por su volumen la prestación de Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes.

Además, en los últimos años se les han atribuido nuevas funciones como la gestión de las prestaciones de Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, el cese de actividad de los trabajadores autónomos y la prestación para el Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Funciones que, además, no sólo se llevan a cabo con los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social, sino que paulatinamente se han ido ampliando dichas coberturas a nuevos colectivos, como es el caso de los trabajadores autónomos o, más recientemente, a los empleados de hogar.

Como se ha mencionado, esta asunción de nuevas prestaciones y la ampliación de las coberturas a nuevos colectivos han complejizado especialmente la gestión que llevan a cabo y han convertido a las Mutuas en las entidades con mayor capacidad y experiencia para gestionar las llamadas prestaciones a corto plazo. Al mismo tiempo, se han extendido las funciones de índole preventiva, al extenderse la cobertura de contingencias profesionales tanto en sus colectivos como en las nuevas prestaciones incorporadas a esta cobertura y su relación con los riesgos laborales.

i. Asistencia sanitaria y abono de prestaciones de las contingencias profesionales

En nuestro país, como en la mayoría de Estados de la Unión Europea, se presta una protección diferenciada del riesgo profesional que es llevada a cabo de forma integral por las Mutuas. Se cierra, de esta forma, el circuito completo del accidente de trabajo, que se inicia en la prevención y acaba en la readaptación profesional, pasando por la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas reparadoras.

Dado que la primera parte del artículo versa sobre este ciclo integral y especialmente en las actuaciones preventivas, rehabilitadoras y recuperadoras, señalo únicamente que en el caso de la asistencia sanitaria que prestan las Mutuas en las contingencias profesionales, cuestión que no es así en el caso de las de origen no

laboral, se incluyen las urgencias, la medicina ambulatoria y hospitalaria, la realización de pruebas, así como el seguimiento de los casos en baja.

Y, respecto a las prestaciones económicas, que gestionan en estas contingencias profesionales están la incapacidad temporal, la prestación de incapacidad, muerte y supervivencia, o las recientemente asumidas como el Riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (cuya relación con el riesgo laboral es inequívoca), así como el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

ii. La gestión de la prestación de Incapacidad Temporal por Contingencias Comunes

Por lo que respecta a la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes, las Mutuas comenzaron a gestionar esta prestación en 1996. Las razones por las que las Administraciones decidieron conferir esta gestión a las Mutuas provienen del incremento progresivo registrado en el gasto que el Sistema de Seguridad Social español tuvo en los años noventa, lo que originó un fuerte déficit presupuestario que llevó a buscar nuevas fórmulas que permitieran mejorar los resultados gestores y reducir el coste de esta prestación en el Presupuesto de la Seguridad Social.

Pero la situación es bien diferente a la descrita para las de origen profesional en lo que se refiere a la organización y gestión de la cobertura. En este caso, la prestación de la asistencia sanitaria y la emisión de los partes de baja y alta, que condicionan el abono de la prestación económica, corresponden a los Servicios Públicos de Salud. Por su parte, las Mutuas asumen la cobertura de la prestación económica y llevan a cabo un seguimiento de la situación de incapacidad temporal que dio origen a la propia prestación, tal y como se recoge en el Reglamento de Colaboración y en el Real Decreto 576/1997, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

La magnitud de esta prestación, asumida hace casi ya dos décadas, la ha convertido en la que mayor coste supone para las Mutuas, de forma que el volumen de ingresos gestionados por estas contingencias ya representa aproximadamente el 40% del total de los ingresos que gestionan estas entidades; y en términos de prestaciones económicas pagadas de incapacidad temporal, supone el 80% del total de gasto, siendo cuatro veces mayor que el de la incapacidad temporal de origen laboral. En este sentido, los servicios sanitarios de las Mutuas contribuyen especialmente en el ámbito rehabilitador a la reducción de la duración de los procesos de incapacidad

temporal que proceden de trastornos musculoesqueléticos y que su patología tiene una naturaleza común, como ya indiqué anteriormente.

El coste de la incapacidad temporal, como factor principal del absentismo laboral, también incide y es soportado por las empresas españolas, convirtiéndose en uno de los principales problemas de nuestro mercado laboral. Se trata de un asunto presente en el debate económico y también en el proceso del diálogo social, y cuya mejora se configura en la actualidad como una de las principales demandas planteadas por las organizaciones empresariales para la reducción de sus costes laborales y la mejora de su productividad y competitividad. En este sentido, también es relevante la capacidad de actuación en materia de readaptación laboral de las Mutuas para fomentar la reinserción precoz del trabajador a su puesto de trabajo en estos procesos, en función de la evolución de su patología y de la adaptación de su propio puesto de trabajo.

iii. Otras coberturas y funciones de las Mutuas:

El citado artículo 68.2 de la Ley de Seguridad Social menciona en su letra d) que la colaboración también comprende “las demás actividades, prestaciones y servicios de seguridad social que les sean atribuidas legalmente”. De esta manera, en los últimos años se les han atribuido nuevas funciones en el marco de la colaboración que desarrollan, como es el caso de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, asumidas por las Mutuas en 2007 en virtud de la publicación de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres.

Se trata de unas prestaciones cuyo comportamiento económico y previsión es todavía incierto, financiadas a través de las cotizaciones recibidas por el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Debe destacarse este aspecto, ya que el gasto que suponen las mismas se incrementa anualmente en torno a medio punto, comprometiendo en 2012 aproximadamente el 5% de las cuotas gestionadas por contingencias profesionales. La relación entre estas prestaciones y los riesgos de los puestos de trabajo de las trabajadoras es indudable, y progresivamente, se ha ido avanzando en la coordinación de la adaptación de la prevención y los puestos de trabajo a los sistemas de reconocimiento de estas prestaciones.

Del mismo modo, las Mutuas han asumido desde 2010 dos nuevas prestaciones. En 2011, la prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, financiada, igualmente, con las cotizaciones de contingencias profesionales. Y en el año anterior se hicieron cargo de la prestación de cese de actividad de

los trabajadores autónomos, que vino a unirse a la protección por riesgos profesionales para este colectivo. De esta manera, se suman también nuevos colectivos a los que dirigir la acción preventiva en la parte contenida en las coberturas y prestaciones que gestionan estas entidades.

e. La financiación de las Mutuas

Como he indicado anteriormente, en las actividades que realizan las Mutuas como Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social sus recursos tienen la consideración de ingresos públicos y están sometidos a los mecanismos de presupuestación, control e intervención públicos, estando estos ingresos incluidos dentro de los Presupuestos Generales del Estado a través de la Seguridad Social.

Del total de estos recursos públicos que gestionan, de acuerdo con los datos correspondientes al ejercicio 2012, de los 9.400 millones recibidos 5.900 correspondieron a las contingencias profesionales (62,9%) y 3.300 a las contingencias comunes (35,6%). El resto, es decir el 1,5% son cuotas para la gestión de la citada prestación de Cese de Actividad para los Trabajadores Autónomos.

La financiación de las contingencias profesionales tiene lugar a través de las cotizaciones sociales que abonan los empresarios, al igual que en la mayoría de Estados de la Unión Europea, y su destino es el ciclo integral de protección al que anteriormente hacía referencia, incluyendo las actividades preventivas a las que se destina como tope máximo el 0,5% de las cuotas recibidas por estas contingencias. Un porcentaje que ha ido paulatinamente disminuyendo, reduciendo la capacidad de acción y recursos de las Mutuas en materia preventiva, en la medida que se ha ido avanzando en la separación económica de los Servicios de Prevención de estas entidades.

En nuestro país, en los últimos años se han modificado las tarifas de cotización por accidentes de trabajo, con un nuevo modelo que se organiza fijando tipos de cotización a través de una tarifa de primas ordenada por actividades económicas, en lugar de por puestos de trabajo como ocurría anteriormente. El nuevo sistema ha reducido el tamaño del intervalo de los límites máximos y mínimos de cotización de las distintas actividades, pues en la actualidad está compuesta por veinte tipos de cotización diferentes que oscilan entre el 0,90 % y el 7,15%, frente a la anterior que oscilaba entre 0,90% y el 11,70%.

Podríamos afirmar que es una tarifa “progresiva” y no lineal, en el sentido que esta “progresividad” se modula por el nivel de riesgo de cada una de las actividades

empresariales. Y, del mismo modo, se trata de una progresividad no exacta, en la medida que a la vez, estas tarifas contienen un componente “solidario” que en la nueva tarifa se ha acentuado.

Esta solidaridad se traduce en que no existe una relación proporcional estricta entre la siniestralidad y el tipo de cotización. En este sentido, la relación entre la tarifa más alta y la más baja es de 8 veces, frente a la relación entre las actividades de mayor y menor siniestralidad que es de 116 veces. El grado de modulación de esa progresividad y de esa solidaridad también contiene efectos incentivadores o desincentivadores a nivel preventivo.

Y señalar también las sucesivas rebajas de las cotizaciones sociales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, producidas entre los años 2007 y 2010, a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Estas rebajas supusieron en torno a un 10% del total de cotizaciones recibidas por las Mutuas en esos años, con la consiguiente reducción en los costes laborales de las empresas. Dicha tarifa se ha actualizado en ciertas actividades empresariales concretas en función de la evolución de su siniestralidad media conjunta.

En sentido contrario, el modelo de financiación de las contingencias comunes consiste en un tipo de cotización uniforme y proporcional para todas las actividades y trabajadores, que es satisfecho por empresa y trabajador, sin distinguir ni modular ningún criterio.

Al igual que ocurrió en las contingencias profesionales, en el caso de la fracción de cuota que las Mutuas reciben para la gestión de la prestación de contingencias comunes se ha visto reducida desde el año 2011, a través de la Orden TIN 2100/2011, fijando la fracción de cuota en el 0,050% en lugar del anterior 0,060%, sin que se haya reducido la cotización a empresas y trabajadores por estas contingencias. De acuerdo con estudios realizados, dicha modificación ha reducido, anualmente, los ingresos de las Mutuas en torno a un 16% para la gestión de esta prestación.

f. Principales resultados del modelo de gestión

Paso a continuación a describir los resultados que las Mutuas vienen logrando como consecuencia de esta actividad de colaboración con la Seguridad Social, haciendo referencia en primer lugar a los aspectos preventivos y rehabilitadores a los que he dedicado la primera parte del artículo.

En materia de prevención, la actividad preventiva de las Mutuas con cargo a las cuotas de contingencias profesionales ha supuesto importantes ahorros para el

sistema de Seguridad Social y para las empresas españolas dada la reducción de la siniestralidad laboral conseguida.

En materia de asistencia social las Mutuas, a través principalmente de sus comisiones de prestaciones especiales, llevan a cabo una importante actividad en favor de sus trabajadores accidentados y con una situación de necesidad, pero también en favor de sus familias, sus empresas y, en general, también del propio Sistema de Protección Social, habiendo destinado a estas actividades más de 90 millones de euros en el periodo comprendido entre 2008 y 2012. Además de esta comisión, señalar que las Mutuas financian históricamente acciones en materia de reinserción laboral para personas con una incapacidad permanente derivada de una contingencia profesional.

Respecto a la labor rehabilitadora de las Mutuas, volver a destacar la capacidad de servicio y la dotación de medios destinados a este fin en el Sector, circunstancia que permite tratar de manera especializada las patologías más importantes, habiendo prestado en conjunto en torno a 4,5 millones de sesiones de este tipo en el último año y permitiendo la recuperación plena de la salud del trabajador y su pronta reincorporación al puesto de trabajo.

Destacar, en este sentido, los resultados en materia de duración de los procesos de incapacidad temporal, poniendo en común los resultados de las Mutuas en relación con los procesos gestionados por los Servicios Públicos de Salud. En un estudio realizado en 2008 con datos correspondientes a cuatro mutuas —que representan más del 50% del sector— sobre más de dos millones de procesos, con las mismas patologías (las de tipo traumatológico), la duración media en contingencia común alargaba sustancialmente la de contingencia profesional: 83,6 días frente a 42,2 días para los mismos procesos. De hecho, en algunas de estas patologías la duración se multiplicaba por tres e incluso por cinco veces. Y todo ello en un escenario nada favorable para la gestión de las Mutuas, como he indicado.

Esta gestión del absentismo laboral en favor de sus empresas mutualistas permite a las Mutuas disponer de unos resultados muy favorables en la gestión de las prestaciones, así como, en el plano económico conjunto, en sus cuentas de gestión anuales. Tal y como he indicado, el porcentaje global de gasto dentro del Sector en 2012 se situó en el 10,9% en el caso de la incapacidad temporal por contingencias profesionales y del 84,6% en el caso de las comunes.

Por su parte, de acuerdo con los últimos datos de que disponemos en relación al Sector, el resultado agregado del conjunto de entidades sumando contingencias profesionales y comunes es del 9,1% sobre las cuotas gestionadas, si bien existen

importantes diferencias en cuanto a la eficiencia entre las diferentes entidades. Estos resultados aportan estabilidad y seguridad al propio Sector, que tiene dotadas sus reservas obligatorias en los niveles más altos de su historia, incluso en un momento de crisis económica como el actual.

Gracias a estos resultados es posible efectuar retornos al sistema de Seguridad Social, tanto a través del ya descrito Fondo de Prevención y Rehabilitación como del Fondo de Reserva de la Seguridad Social. En el período 2008-2012 estos retornos han sido de un total de 3.350 millones de euros, cuestión con un gran significado en un momento en que se demanda, con especial intensidad, una gestión eficiente de los recursos públicos, en este caso los gestionados por las Mutuas.

5. CONCLUSIONES

Para finalizar, quisiera resumir y destacar algunas ideas que ya han sido recogidas a lo largo del presente artículo. En primer lugar, señalar el papel de las Mutuas como entidades colaboradoras de la Seguridad Social. Hoy son entidades consolidadas y plenamente integradas en nuestro Sistema, ejerciendo dicha colaboración como entidades de naturaleza asociativa y privada.

En este marco, las Mutuas desarrollan el proceso de cobertura integral de las contingencias profesionales, en el que cuentan con una dilatada experiencia en materia de prevención, rehabilitación y readaptación profesional. De hecho, quizá son las Entidades que han desarrollado de forma más continuada estas funciones en el marco del Sistema de Protección Social español.

En este sentido, constatar nuevamente la necesidad de asegurar esta integralidad durante todo el ciclo de la protección, prestando especial atención tanto a la vertiente preventiva como a la rehabilitación y readaptación posterior del trabajador, pues históricamente han sido menos desarrolladas por nuestro sistema de protección social. Como he indicado, es necesario garantizar este concepto de integralidad, construyendo vínculos más estrechos entre prevención, indemnización y rehabilitación.

Por otra parte, a las actividades históricamente desarrolladas por las Mutuas se han ido incorporando progresivamente nuevas coberturas, prestaciones y colectivos protegidos, situación que ha complejizado especialmente la gestión que llevan a cabo y las ha convertido en las entidades más preparadas para gestionar las prestaciones de corto plazo de la Seguridad Social. Todas estas prestaciones y coberturas, como he indicado, tienen una vertiente preventiva y de readaptación laboral muy relevantes.

Por tanto, querría destacar especialmente la importancia de la eficiencia de estas Entidades, en su actividad colaboradora con la Seguridad Social y cómo, además, su vinculación desde el aseguramiento a la protección integral les permite contar con esta experiencia en materia preventiva, rehabilitadora y de readaptación profesional. Es un acervo que conlleva un enorme valor social que debe ser utilizado más intensamente, para contribuir a la vertebración de un sistema integrado de protección social.

Una gestión que aporta resultados y beneficios globales en forma de calidad, eficiencia, solvencia y recursos a trabajadores, empresas y al propio Sistema de Seguridad Social, todo ello en un marco de debida transparencia y control por parte de la Administración, aportando estabilidad a un modelo consolidado y aceptado por los agentes sociales e institucionales.

Por eso, el papel de las Mutuas y su cercanía con el tejido empresarial son clave para conseguir una protección global, flexible e integrada, acorde con la evolución de los procesos productivos y del mercado de trabajo. En este sentido, una actividad armónica y coordinada en los dos polos de la protección por riesgos profesionales, puntos de partida y de llegada, redundará en una mejor prevención y en una mejor readaptación y rehabilitación. Es indudable que además esto redundará en mejoras a través de todas las etapas que constituyen la protección: conseguir una asistencia sanitaria más especializada y optimizada, junto con una mejor adecuación de las prestaciones económicas que gestionan.

Esta gestión, desarrollada por las Mutuas e históricamente avalada por sus resultados, constituye una de las manifestaciones más interesantes y eficaces del valor añadido que representa la colaboración de la iniciativa y gestión privada con el Sistema de Protección Social y, en concreto, con la Seguridad Social. Preservar y potenciar esta colaboración nos parece indispensable a la hora de valorar modificaciones y actualizaciones del marco regulador de las Mutuas.

En definitiva, la prevención, rehabilitación y readaptación suponen elementos de mejora continuados y ganancias en eficiencia para nuestro Sistema de Protección Social y, al mismo tiempo, constituyen una labor social indudable que favorece la integración y la inclusión de los trabajadores que sufren los daños de los accidentes, siendo extensible al resto de prestaciones que gestionan las Mutuas. En eso, la labor, experiencia, recursos e iniciativas de las Mutuas a lo largo de más de un siglo de existencia son un referente necesario y valioso para progresar en la prevención y en la readaptación de un modo integral. Es decir, para que progrese nuestra protección social.

BIBLIOGRAFÍA:

Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo. *La actividad de Prevención de riesgos laborales de las Mutuas como factor de competitividad empresarial y de una Seguridad Social dinámica*. 2013.

Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo. Cuentas rendidas del Sector de Mutuas, 2012.

Asociación Internacional de la Seguridad Social. *Una visión dinámica de la prevención*. Revista Trabajo, número 63. Agosto de 2008.

Asociación Internacional de la Seguridad Social: *La Seguridad Social para una sociedad sana: adoptando un nuevo papel para la prevención*. Ginebra, 2012. Página 21.

Declaración de Seúl sobre seguridad y salud en el Trabajo. 2008

Organización Iberoamericana de Seguridad Social: *Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013*. 2009. Página 24.

Organización Iberoamericana de Seguridad Social. *Programa sobre empleo de las Personas con Discapacidad en Iberoamérica*. 2012.

Organización Internacional del Trabajo. *La prevención de las enfermedades profesionales*. Día Mundial de la Seguridad y Salud en el Trabajo. 2013.

Capítulo XII

EL DESLINDE DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS CC.AA

J. I. García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Barcelona

A. Vicente Palacio

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I - Castellón

1. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE ESPECIAL INTERÉS DEL CAPÍTULO 3ª DEL TÍTULO 1º

No pretendemos hacer un tratamiento doctrinal, a base de lo que han dicho o dejado de decir los muchos autores que nos hemos enfrentado a estas cuestiones, sino algo más directo, dado que vamos a tratar de averiguar qué competencias corresponden al Estado y cuáles a la distintas CC.AA, por lo que vamos a hacer primero un repaso de la normativa en cuestión de donde parte todo y al propio tiempo haciendo un repaso sistemático y cronológico de lo que ha venido sentando el Tribunal Constitucional desde 1986 hasta nuestros días en diversas materias, llegando finalmente a ver de modo esquemático el contenido que han desarrollado las distintas Comunidades en sus respectivos Estatutos. Ni que decir tiene que el propio lector se dará cuenta de qué CCAA han interpuesto la mayoría de los recursos de inconstitucionalidad, por los temas más diversas, y cuales otras jamás han hecho uso de este recurso. Pero esto se lo dejamos a cada lector, si es que aún no lo hubiera intuido.

De conformidad con el art. 1º de la CE (en lo sucesivo CE) de 27 de diciembre de 1978 (BOE del 29), España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. De donde debemos recordar este valor de la igualdad, sin perjuicio del pluralismo, y de este modo su art. 2ª señala que la CE reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas, aunque sin olvidar, como apuntala el art. 9º estas dos grandes cuestiones:^{1ª}) que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y 2ª) que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas¹; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la

¹ Vid. STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre, resolviendo conflictos positivos de competencia acumulados núms. 50/84 y 465/85, promovidos por el Gobierno de la C.A. de Galicia contra el Gobierno de la Nación, que, a través de la Dirección General de Acción Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dictó las Resoluciones de 14-9-1983 y de 2-1-1985, por las que se convocan dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social y donde se entra en el tema de algunas posibles gestiones centralizadas de medidas de asistencia social, por lo que se apunta que “la promoción de igualdad sustancial puede justificar el empleo a este fin de fondos públicos estatales y no por una abstracta facultad de gasto público, pero no está resuelta la forma en que esos fondos han de ser utilizados, precisamente ahí reside la insuficiencia básica de los argumentos de la representación del Gobierno. La acción estatal es claro que debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales. En un caso de atribución en exclusiva de competencia, como sucede en éste, el Estado tiene que actuar teniendo en cuenta que hay competencias de otros entes que han de respetarse, actuando desde el exterior, coordinando, fomentando o potenciando la actividad autonómica, usando las técnicas que para este fin habilita la Constitución, pero es claro que no se respeta este esquema cuando el problema se trata de resolver mediante la creación de competencias concurrentes o «paralelas», al amparo, además, de un precepto tan genérico como el art. 9.2 CE que, entendido como una habilitación para que el Estado pueda actuar en razón del interés general, podría terminar por vaciar de contenido el diseño constitucional del Estado de las Autonomías (...)” No cabe hablar de una distribución territorial de las ayudas en programas que requieren, por su naturaleza, un planteamiento y gestión a nivel del Estado, pues las ayudas como tales tendrán todas la dimensión territorial global del Estado. Pueden ser susceptibles de incidir diversamente en cada una de las CC.AA, pero ello sólo en la medida que los individuos que en ellas residan y se benefician directamente de ellas estén más o menos afectados por los problemas sociales que estén en la base de tales programas. Precisamente una de las razones que la citada STC 95/1986 admite para hacer imprescindible la gestión centralizada es el garantizar una cierta igualdad de los posibles destinatarios en todo el territorio nacional, de lograr así la igualdad para todos los beneficiarios últimos de estos programas específicos. Esta razón resulta suficiente para compensar los posibles inconvenientes que se denuncian por centralización de las ayudas, la que, como tal, debería servir no para «primar» unas CC.AA respecto a otras, sino para distribuir globalmente, de forma solidaria y equitativa, unos fondos en función de las necesidades respectivas sentidas por unos determinados grupos o individuos, sea cual sea el territorio de la C.A. en el que residan (FJ 7º).

participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Y no menos importante, pues esto subyace en no pocas cuestiones planteadas entre

Vid. sobre competencia autonómica en materia de Asistencia Social y competencias subvencionales estatales el F.J. 4º de la STC 177/2012 (S.Segunda) de 15 de octubre, resolviendo conflicto positivo de competencia núm. 10023-2009, promovido por el Letrado de la Generalitat de Cataluña, en representación de su Gobierno, contra la Orden SAS/2080/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo. La C.A. promotora del conflicto encuadra las subvenciones controvertidas en la materia de asistencia social, y afirma que la invocación del art. 149.1.1 CE para centralizar la materia de asistencia social es improcedente. El Estado, por su parte, invoca como título competencial prevalente, el relativo a asociaciones y fundaciones —que, pese a no figurar específicamente en los arts. 148 y 149 CE, corresponde al Estado en exclusiva respecto a las entidades de ámbito estatal—, y también los previstos en los arts. 149.1.15 —fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica— y 149.1.1 en relación con los arts. 1.1, 9.2, 139.1 y 138.1, todos ellos de la Constitución.

Pero, lo cierto es que estamos ante subvenciones dirigidas a financiar programas en materia de asistencia social en razón de que el objeto de las subvenciones reguladas en la orden impugnada es la realización de actuaciones dirigidas a apoyar el movimiento asociativo y fundacional de ámbito estatal de las personas y los colectivos que se encuentran en situación o en riesgo de exclusión social, las personas con discapacidad, familias, infancia, pueblo gitano y voluntariado, y de aquellas otras que, en definitiva, se dirijan al fortalecimiento del tercer sector de acción social (art. 1) y puesto que, según nuestra doctrina, la asistencia social “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema [de Seguridad Social] y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social” (SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5, con cita de la STC 76/1986 y 178/2011).

Teniendo igualmente presente que las asociaciones no figuran como título específico en ninguno de los apartados de los arts. 148 y 149 CE y que sólo se contemplan formalmente, a efectos de determinación de un título competencial expreso, a partir de lo establecido en los distintos textos estatutarios, las competencias autonómicas y en su caso estatales en la materia han de entenderse referidas a la regulación del núcleo, de los elementos esenciales —de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales—, del contenido del derecho fundamental proclamado en el art. 22 CE, lo cual, evidentemente, aquí no acontece, pues la orden recurrida se limita a establecer que el objeto de las ayudas que contempla es el apoyo de asociaciones y fundaciones respecto de las cuales ningún aspecto se entra a regular. Encuadradas, pues, estas subvenciones en la materia de asistencia social, se constata que dicha materia figura “en el art. 148.1.20 CE y [es] por tanto competencia posible de las CC.AA” (STC 239/2002), habiendo sido efectivamente asumida por la C.A. con carácter exclusivo, de acuerdo el art. 9.25 EAC 1979 y por el art. 166 EAC 2006, que atribuyen a Cataluña, de manera semejante a lo sucedido en las restantes CC.AA, la competencia exclusiva en la materia, competencia ésta de la C.A. que “no impide el ejercicio de las competencias del Estado ex art. 149.1 CE, sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico” (SSTC 31/2010 y 178/2011”).

Vid. igualmente STC 243/2012 (S.Segunda) de 17 de diciembre, resolviendo conflicto positivo de competencia núm. 5413-2012 promovido por el Abogado de la Generalitat de Cataluña, contra la Orden SSI/1209/2012, de 4 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de servicios sociales e igualdad.

Comunidades, lo que nos recuerda su art. 14 al disponer con nitidez total que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Dicho esto, es de todos sobradamente conocidos este elenco de preceptos que, de un modo u otro, tratan de la materia que nos ocupa, aunque no nos ofrezcan definiciones, porque no corresponde hacerlo, ni siquiera de los que se entiende por Seguridad Social.

Así, en el Título I de la CE (relativo a los derechos y deberes fundamentales), su CAPÍTULO TERCERO, que trata “De los principios rectores de la política social y económica” nos ofrece el abanico de derechos que sirve o ha servido de punto de partida para generar toda la serie de polémicas competenciales que en tantas ocasiones ha hecho intervenir a nuestro Tribunal Constitucional en aras a señalar a quien correspondía la competencia, pues, como veremos seguidamente, los Padres de la Patria hicieron lo que pudieron en aquellas circunstancias postdictatoriales y se dejaron algunos flecos que aún no han quedado del todo clarificados y hace que en algunas Comunidades más que en otras chirría más fuertemente la locomotora que es nuestra CE.

Cabe hacer referencia, principalmente, a los siguientes preceptos:

- Al art. 39, cuando señala, que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia;
- Al art. 40, cuando dispone, entre otras cosas, que los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica y de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo; asimismo el num. 2 del citado art. 40 dispone que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo
- Sin duda el artículo estelar no es otro que el art. 41, en la medida en que claramente dice e impone a los poderes públicos (que mantengan) un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, sin perjuicio de que la asistencia y prestaciones complementarias (sean) libres².

² Vid. F.J. 4º de la STC (Pleno) de 239/2002, de 11 de diciembre, resolviendo los conflictos positivos de competencia acumulados núms. 1207/99 y 1208/99, promovidos, respectivamente, por el Gobierno de la Nación frente a los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de

diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas y 62/1999, de 9 de marzo, de modificación del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, en donde se indica que "(...) Para completar la referencia a los diferentes ámbitos materiales desde los que, según el art. 41 CE, puede prestarse apoyo a la superación de situaciones de necesidad, debemos igualmente prestar atención a su último inciso, que prevé otras prestaciones complementarias "de carácter libre". Entre ellas hay que aludir al ámbito de la previsión social del llamado "mutualismo libre", es decir, del correspondiente al título competencial "Mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social". Al respecto, declaramos que "la competencia exclusiva de las CC.AA en relación con el mutualismo no integrado en el sistema de la Seguridad Social se contrapone a la competencia estatal sobre las mutualidades integradas en dicho sistema (...) De todo ello se desprende que las mutualidades no integradas en la Seguridad Social sobre las que ambas Comunidades recurrentes ostentan competencias exclusivas son tan sólo las de previsión social (...), sin que esa competencia se extienda, por tanto, a las mutuas de seguros ajenas a la previsión social" (STC 86/1989. En igual sentido, SSTC 220/1992, y 66/1998, entre otras). La expresada competencia autonómica, de carácter exclusivo, concurre, según razonamos en los citados pronunciamientos, con competencias estatales que no son las de "Seguridad Social", sino las de carácter básico en materia de "seguros" y "ordenación de la economía" (art. 149.1.11 y 13 CE). El mismo alcance complementario del sistema de la Seguridad Social tienen los planes y fondos de pensiones, que no sólo se diferencian de aquél, sino también del tradicional mutualismo libre de previsión social, pues en este caso "nos encontramos ante un contrato de nuevo cuño de previsión colectiva, que permite, además, distintas modalidades en la constitución de los planes (...) en atención a una pluralidad de objetivos sociales" (STC 206/1997). Tampoco en este caso, concluimos entonces, nos encontramos en el ámbito de la Seguridad Social, sino en el más específico de la "legislación mercantil" y de los "seguros" (art. 149.1.6 y 11 CE; STC 206/1997).

En su F.J. 6º leemos, en relación a los llamados "salarios mínimos de inserción", que han sido objeto de regulación por las CC.AA al amparo de sus competencias en materia de "asistencia social" y de "servicios sociales" y tienen como finalidad paliar las situaciones de necesidad en que se encuentran determinados grupos de personas (así, el art. 2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1997, de 3 de julio, sobre renta mínima de inserción, establece que la finalidad de dicha renta "es prestar el apoyo adecuado a todas las personas que lo precisen para atender las necesidades básicas para vivir en la sociedad, con los recursos convenientes para su mantenimiento, así como para favorecer su inserción social y laboral"). La característica más destacable de estos salarios o rentas mínimas de inserción, desde la perspectiva que aquí estamos examinando, es su compatibilidad con cualquier otro tipo de ingreso, incluidas las pensiones, siempre que a través de los mismos no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso. De este modo, estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de "asistencia social", no incluidas en el sistema de la Seguridad Social, por personas que efectivamente perciban pensiones propias de este sistema, sin que hasta el día de hoy hayan sido objeto de impugnación ante este Tribunal (así, entre otras normas: a) C.A. de Cataluña: art. 21.2 de la Ley 10/1997; art. 17 del Decreto 118/2001; b) C.A. del País Vasco: art. 34.1 de la Ley 12/1998; art. 3.3 del Decreto 198/1999; c) Comunidad de Madrid: art. 13 del Decreto 73/1990).

En suma, la tendencia a la universalización de las medidas de protección social, como finalidad constitucional consagrada en el art. 41 CE, no se compadecería con la paulatina reducción de otros ámbitos de protección distintos al de la Seguridad Social por el hecho de la extensión o ampliación de la cobertura de este último sistema a colectivos no protegidos por él con anterioridad, ya que ello significaría, como acabamos de decir, un correlativo vaciamiento de competencias

Como dirá el TC³ “(...) El art. 41 CE. establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla y, aún, de su régimen jurídico presente. Sin embargo, no es un precepto apto para atribuir o distribuir competencias, ni para decantarse en favor de unos o de otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII CE. Es por ello un precepto neutro, que impone los compromisos a que se ha hecho referencia a los “poderes públicos”, sin prejuzgar cuáles puedan ser éstos, simplemente porque no es tal su función. Los criterios de individualización de tales instancias, como centros competenciales aptos para asumir los compromisos que les impone la Constitución, no están en este precepto y han de buscarse en su lugar propio, el Título VIII CE. Por otra parte, qué sea “Seguridad Social” no es deducible por sí solo del tenor del art. 41 CE. Como en relación con otras tantas instituciones ya se ha dicho, conviene recordar aquí que no es posible partir de la consagración constitucional de un único modelo de Seguridad Social, como las CC.AA de Cataluña y el País Vasco parecen creer. La CE, y más cuando se trata de una materia como la Seguridad Social, no pretende imponer un único modelo. Consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia, pero no cierra posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar. En suma, la CE consagra «la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la conciencia social, lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema [y sólo impide que] se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la Institución Seguridad Social» (STC 37/1994, F.J. 4º). Dentro de tales límites son constitucionalmente admisibles

autonómicas que no ha sido querido así por el texto constitucional. Es decir, la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto (“Seguridad Social”) o de las CC.AA (“asistencia social”), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias.

³ F.J.5 de la STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre, resolviendo los recursos de inconstitucionalidad núms. 1.181/87 y 1.190/87, promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento Vasco contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

distintos modelos”. Y en su F.J. 5 continúa “(...) conviene recordar que, sobre todo en el plano internacional, resulta claro que la noción “Seguridad Social” no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. La evolución del propio sistema español de Seguridad Social, los parámetros del Derecho comparado y, muy especialmente, los compromisos asumidos por España en la materia (cuyo valor interpretativo es claro, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE. y de la consagración de la tutela frente a riesgos sociales como un derecho humano) muestran cómo resulta un factor estructural, integrante mismo de la institución Seguridad Social, el diseño legal imperativo de la acción protectora garantizada, de tal suerte que queda excluida a sus beneficiarios la capacidad de decisión sobre las fórmulas de protección, su extensión subjetiva potencial y su intensidad al margen de los cauces legalmente establecidos. (...) Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la “protección social”, sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. No otras son las consecuencias que se deducen del fundamental art. 1 del Reglamento CEE 1248/92, del Consejo, y del Convenio 102 OIT.

Con absoluta claridad se nos dirá posteriormente que “(...) las diferentes prestaciones de la materia “Seguridad Social” conforman un entramado dirigido a la cobertura de riesgos y a la atención de otras situaciones de necesidad que presentan una tendencia de unidad y estabilidad en el tiempo y en el conjunto del territorio nacional. En definitiva, la Seguridad Social se configura, según hemos reiterado (...), como un “régimen” legal, público e imperativo, dirigido a paliar situaciones de necesidad, de modo que presenta una determinada estructura protectora de los ciudadanos⁴.

- De otro lado y creando gran controversia en estos tiempos (a veces incumpliendo flagrantemente con los compromisos internacionales de España a que hace referencia el tantas veces olvidado art. 10.2 CE), nos encontramos con el art. 43., donde se reconoce el derecho a la protección de la salud, por lo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y a tal efecto la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
- Obviamente no podemos pasar de largo del poco comprometido art. 49 CE, cuando dispone, asimismo, que los poderes públicos realizarán una política de

⁴ Vid. Entre otras muchas las SSTC 103/1986, de 16 de julio, FJ 6; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FFJJ 4 y 5; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 4.; 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5 y 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 8.

previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. ¡Cuán poco se acuerdan de este precepto nuestros responsables políticos!

- Y ya, finalmente, el art. 50, de tan capa caída en estos momentos, nos dice que los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas (0,25%), la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales⁵ que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Pero no podemos ser ingenuos y no nos olvidemos que el art. 53.3 CE., donde se trata de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, nos dice sin rodeos, ni pulso, ni grandes compromisos para nadie, o muy pocos, que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y solo podrán ser alegados estos derechos ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (recordemos que no

⁵ Vid. STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero, resolviendo recursos de inconstitucionalidad acumulados 542/88 y 573/89, promovidos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, contra determinados preceptos y partidas presupuestarias de las Leyes 33/1987, de 23 de diciembre, y 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988 y 1989. donde en relación con la partida de la LGP-Servicio 01 Programa 313 B (Servicios Sociales), Concepto 721, subvención del INSERSO para financiar su Plan de Inversiones, nos dice que 2(...)En relación con esta partida, cabe preguntarse si tiene algún sentido que el Estado mantenga un Ente de gestión en una materia —los Servicios Sociales— que ha sido descentralizada prácticamente por entero por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Los Servicios del INSERSO, integrados en la estructura y régimen económico de la Seguridad Social, no han sido transferidos a todas las CC.AA, por lo que es lógico que en los PGE se incluya una partida como la que ahora se impugna. Desde este punto de vista, la pretensión de la Generalidad de Cataluña carece de fundamento, pues se trata de una dotación que no afecta por sí misma a Cataluña, que sí tiene transferido el INSERSO, de manera que la misma LPGE prevé ya específicamente la cuantía de las transferencias en favor de la C.A. de Cataluña con cargo al Presupuesto del INSERSO, en la que hay que entender incluido el coste efectivo del Servicio y lo necesario para que Cataluña desarrolle las inversiones que considere pertinentes. No obstante, si el Plan de Inversiones del INSERSO al que se destina la partida impugnada incluyera actuaciones en el territorio de Cataluña, es evidente, conforme a nuestra doctrina general, que la gestión de las mismas habría de corresponder a la Generalidad, conforme a lo dispuesto en el art. 17 del E.A.C.”.

Vid. asimismo F.J. 3 de la ya citada STC 243/2012, de 17 de diciembre.

existen compromisos temporales de ningún tipo para desarrollar ninguno de estos derechos, al margen de cómo se desarrollan, aparecen y desaparecen o se camuflan algunos de ellos).

2. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE ESPECIAL INTERÉS DEL TÍTULO VIII. DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. CAPÍTULO III. DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Hay que partir necesariamente de lo que dispone el art. 147, por cuanto dentro de los términos de la presente CE, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada C.A. y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico. Ahora bien, los Estatutos de autonomía deberán contener necesariamente: a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica. b) La delimitación de su territorio y c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias. Y, sobre todo, por lo que más nos importa “(...) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la CE y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas [art. 147.2. d) CE].

Pues bien, seguidamente (art. 148) se establece que:

1. Las CC.AA *podrán asumir competencias (únicamente)* en las siguientes materias⁶:

20ª) *Asistencia social*

Como ha reiterado una y otra vez el Tribunal Constitucional. “La noción de asistencia social no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente (...) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual —con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la

⁶ Vid. STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero, cuando en su F. J. 7º nos dice que “(...) la autonomía y las propias competencias son indisponibles tanto para el Estado como para las CC.AA y porque, como se dijo en la STC 201/1988, F.J. 4º, “la autonomía financiera de las CC.AA reconocida en los arts. 156.1 CE y 1.1 de la LOFCA exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que se configuran como exclusivas”.

misma dirección—, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios (...) No se trata, por tanto, de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social; sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificado por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles. En remediar o atender esa situación se agota la virtualidad de ambas Leyes”⁷.

⁷ Vid. STC (Pleno) 76/1986, de 9 de junio, resolviendo recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 666/1983 y 189/1986, promovidos por el Presidente del Gobierno contra las Leyes del Parlamento vasco núm. 11/1983, de 22 de junio, sobre derechos profesionales y pasivos del personal que prestó sus servicios a la Administración Autónoma del País Vasco, y 8/1985, de 23 de octubre, que complementa la anterior. En este caso en concreto se trata de “normas que pretenden resolver un problema de justicia material planteado por la existencia de un colectivo de ciudadanos, concretamente determinado por razón de la prestación de sus servicios a la Administración vasca anterior a la reconocida por la Constitución, que se halla carente de protección y, por tanto, en situación de que sean atendidas sus eventuales necesidades. Respecto de este colectivo despliegan su eficacia y ahí se agota el contenido de ambas Leyes. No se puede decir, por tanto, que pretendan renovar o modificar en modo alguno el conjunto normativo que integra el ordenamiento de la Seguridad Social”.

La conjunción de estos caracteres de excepcionalidad y no incidencia en el sistema de la Seguridad Social, justifican que, aceptando las argumentaciones del Gobierno y el Parlamento vascos, deba reconocerse a la C.A. la competencia para acordar la concesión de estas medidas de asistencia, y deba descartarse por este motivo que en el punto examinado las Leyes impugnadas puedan ser objetadas de inconstitucionalidad.

Vid. asimismo STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre: “La materia «Asistencia Social» ha sido asumida como competencia exclusiva por la C.A. (art. 27.23; Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril; Estatuto de Autonomía para Galicia), por lo que el Estado no puede alegar título competencial alguno para invadir esta competencia mediante la realización de actividad de ejecución y así cabe calificar a la de fomento, mediante la dotación de ayudas económicas consistentes en subvencionar entidades de interés gallego, pues se presupone que son de interés gallego aquellas que desarrollan su actividad en el territorio de la C.A., con independencia del lugar en que puedan haber fijado su domicilio social.

Vid. asimismo el F. J. 5º de la citada STC 239/2002, de 11 de diciembre que nos dice “(...) Asimismo, debe recordarse que en relación con la noción material de “asistencia social” hemos declarado que “no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE, y, por tanto, competencia posible de las CC.AA (...) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual —con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección— es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios” (STC 76/1986, de 5 de junio, FJ 7).

Resulta gratificante que en alguna ocasión nuestros tribunales se acuerden de la Carta Social Europea⁸, diciendo que “Siguiendo la pauta de algunos instrumentos

Es claro, por todo lo expuesto, que tanto las actuaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, si bien, desde una perspectiva histórica que condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social. En todo caso, como ya dijimos en el pronunciamiento reproducido de la STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 7, resulta legítimo constitucionalmente que la Seguridad Social, en cuanto función de Estado destinada a cubrir las situaciones de necesidad que puedan generarse, incluya en su seno prestaciones de naturaleza no contributiva. Pero ello no abona que tal expansión sobre el alcance que dicha materia tenía al aprobarse la CE merme o restrinja el ámbito propio de la “asistencia social”, pues esta tendencia, que, de profundizarse, incluso podría determinar el vaciamiento de esta última materia, con el consiguiente menoscabo de las competencias autonómicas, no ha sido querida por el constituyente, en la medida en que atribuye el apoyo a las situaciones de necesidad a todos los poderes públicos, de manera que cada cual actúe en su respectivo ámbito de competencias. Y ello, como antes afirmábamos, “con independencia de que el sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección” (STC 76/1986, FJ 7) que la llamada “asistencia social”. *De este modo, una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad, permite inferir la existencia de una asistencia social “interna” al sistema de Seguridad Social y otra “externa” de competencia exclusiva de las CC.AA.*

Ha de tenerse en cuenta que en esta resolución examinamos la noción de “asistencia social” partiendo de que la misma “no está precisada en el Texto constitucional” y, por ello, reflexionamos sobre su evolución histórica diciendo que cuando la misma “aparece” lo hace tutelando a personas no incluidas en el ámbito de la Seguridad Social. Buena prueba de este sentido historicista del razonamiento es que, inmediatamente, a continuación del inciso reproducido, decíamos que “es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios”, y no dedujimos de ello que la Seguridad Social no pudiera incluir en su seno las prestaciones no contributivas. Corrobora, en fin, este aserto el hecho de que los beneficios enjuiciados por la STC 76/1986 se dirigían tanto a personas no incluidas en el ámbito de la Seguridad Social como a personas incluidas en él, pues la norma entonces controvertida preveía que “la pensión en cuestión no se percibirá si el beneficiario percibe otra de la Seguridad Social u otros entes públicos de previsión, salvo que éstas en su conjunto fueran inferiores a las que reconoce la ley, en cuyo caso tendrán derecho a percibir las diferencias” [STC 76/1986, FJ 6 b)], y, pese a ello, las consideramos incardinadas en la materia “asistencia social” (...) nada impide recibir prestaciones de la Seguridad Social y otras complementarias provenientes del mutualismo libre o de los fondos de pensiones, según hemos visto con anterioridad.

⁸ Nos referimos a la STC (Pleno 146/1986, de 25 de noviembre, cuyo F. J. 8 dice: “En cuanto a la asistencia médico-farmacéutica, debe concluirse que es legítima la regulación contenida en las Leyes impugnadas, al poderse comprender en el ámbito competencial reservado a la Comunidad por los arts. 148.1.21 CE. y 18.1 de su Estatuto, es decir, en la sanidad. En efecto, se trata de articular un sistema de protección de la salud de un colectivo de ciudadanos, y esta es una actividad legítima cuando no ignora las «bases» que al Estado corresponde fijar en la materia con arreglo al art. 149.1.16 CE., lo que en ningún momento le ha sido imputado por la representación del Estado en sus alegaciones”.

Vid. en el mismo sentido el F.J. 1º de la STC (Pleno) 226/2012, de 29 de noviembre, resolviendo conflicto positivo de competencia núm. 7046-2005, promovido por la Letrada de la Generalitat de Cataluña, contra la Orden TAS/1948/2005, de 8 de junio, por la que se establecen las bases

reguladoras y se convoca para el año 2005 la concesión de subvenciones para el desarrollo de proyectos de innovación en los Servicios sociales. Y STC (S. Segunda) 243/2012, de 17 de diciembre, cuyo F.J. 2º señala "(...) en la reciente STC 177/2012, de 15 de octubre, ante unas subvenciones recogidas en la Orden (...), cuya finalidad y contenido eran prácticamente los mismos que la que tienen las ayudas recogidas en la Orden (...) objeto del presente conflicto, afirmamos que "estamos ante subvenciones dirigidas a financiar programas en materia de asistencia social en razón de que el objeto de las subvenciones reguladas en la orden impugnada es la realización de actuaciones dirigidas a apoyar el movimiento asociativo y fundacional de ámbito estatal de las personas y los colectivos que se encuentran en situación o en riesgo de exclusión social, las personas con discapacidad, familias, infancia, pueblo gitano y voluntariado, y de aquellas otras que, en definitiva, se dirijan al fortalecimiento del tercer sector de acción social (art. 1) y puesto que, según nuestra doctrina, la asistencia social 'aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema [de Seguridad Social] y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social' (SSTC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5, con cita de la STC 76/1986, de 5 de junio, FJ 7; y 178/2011, de 8 de noviembre, FJ 4)." (STC 177/2012, de 15 de octubre, FJ 4). Esta caracterización es, por lo tanto ahora, plenamente trasladable a las ayudas contenidas en la orden objeto de conflicto.

Sin embargo, debemos descartar, en primer lugar, que las ayudas objeto de conflicto se puedan fundamentar en el título sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales recogido en el art. 149.1.1 CE. Esta doctrina nos ha llevado recientemente a rechazar [SSTC 173/2012, FJ 5 a) y 177/2012, FJ 5 a)], que el art. 149.1.1 CE fuese un título competencial suficiente para justificar determinadas ayudas en materia de asistencia social. Precisamente en el caso de la STC 177/2012, de 15 de octubre, se examinaba la conformidad con el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido de la Orden SAS/2080/2009, de 21 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría General de Política Social y Consumo. Esta orden del año 2009 tenía como objeto y contenido el mismo que la Orden SSI/1209/2012, de 4 de junio que estamos examinando en el presente conflicto. Por tanto, con base en los argumentos realizados entonces, debemos rechazar ahora que la Orden SSI/1209/2012, de 4 de junio pueda tener su fundamento en el título recogido en el art. 149.1.1 CE".

Conforme a la doctrina de este Tribunal "corresponden al Estado las facultades de dirección general de la economía (...) encontrando cobijo bajo esas facultades 'tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector' (STC 21/1999, FJ 5); si bien hemos precisado también que el art. 149.1.13 CE debe ser interpretado de forma estricta cuando concurre con una materia o un título competencial más específico (STC 164/2001, FJ 9), y que no toda norma o medida con incidencia económica puede encontrar cobertura en dicho precepto constitucional, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (entre otras, SSTC 21/1999, FJ 5; 235/1999, FJ 3; y 95/2001, FJ 3), pues, en otro caso, se vaciarían de contenido una materia y un título competencial más específicos (SSTC 95/2002, FJ 7, y 77/2004, FJ 4), 'sin que de la invocación del interés general que representa el Estado pueda resultar otra cosa, por cuanto, según hemos dicho, el mismo se ha de materializar a través del orden competencial establecido, excluyéndose así la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalísticas' (STC 124/2003, FJ 6)." [STC 36/2012, FJ 4]. En aplicación de la doctrina reproducida, debemos rechazar que la orden cuestionada pueda tener

internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a un técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces. Aunque en una primera aproximación el lenguaje constitucional no desmiente esta caracterización del análisis de la Constitución, de los Estatutos de Autonomía e, incluso, de los Decretos de traspaso de funciones y servicios en la medida en que puedan servir como elementos auxiliares de la interpretación, proporcionan una noción más amplia, impropia si se quiere, de lo que es la Asistencia Social a efectos del reparto de competencias constitucionalmente establecido. Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control.

Se trata, claramente, de una competencia exclusiva, por lo que nos dirá el Tribunal Constitucional⁹ que «(...) Podrá haber discrepancias en la elección de objetivos y políticas, por la diversa orientación política que puedan asumir los gestores de una C.A. frente a los del Estado Central, pero, en este caso, al tratarse de competencias exclusivas, la dirección política de la C.A. es la que en principio debe estimarse prevalente, puesto que son las CC.AA las que tienen la competencia para diseñar su propia política de Asistencia Social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el art. 150.3 ó, en su caso, en el art. 149.1, pero ninguno de ellos parece relevante en el presente caso, donde tampoco se trata de imponer determinados objetivos y políticas de “Asistencia Social”».

No menos interesante y trascendente fue la STC (Pleno) 239/2002, de 11 de diciembre de 2002, cuando en su F. J. 7º precisó que «(...) nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional que las CC.AA con competencia en materia de “asistencia social” otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de

encaje en la competencia que invoca el Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica ex art. 149.1.13 CE; pues las ayudas adoptadas no suponen una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general. Asimismo, dado que, en principio, toda medida subvencional puede tener alguna incidencia, por leve que sea, sobre el sistema económico, la utilización de la finalidad del fortalecimiento del tercer sector de acción social como criterio para atribuir la competencia al Estado llevaría a otorgar una expansión ilimitada a la competencia estatal sobre la base de la ordenación general de la economía.

⁹ Vid. la citada. STC (Pleno)146/1986, de 25 de noviembre, F. J.5.

personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca (produjera) una modificación o perturbación de dicho sistema o de su régimen económico. En definitiva, es una exigencia del Estado social de Derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de la Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las CC.AA que actúen en esta franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación por parte de las CC.AA, referida a esta zona asistencial, exige que la C.A aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, ni en la de su régimen económico (art. 149.1.17 CE).

Y esta última STC 239/2002, en su F. J. 8, aún nos aclara mayormente esta cuestión al decirnos que "(...) pese a la dificultad y complejidad que lleva consigo todo intento de deslinde de las fronteras entre la Seguridad Social y la asistencia social en el actual contexto normativo, habida cuenta de la recíproca y progresiva evolución tanto de la Seguridad Social (con una paulatina tendencia a la universalización y a la ampliación de su campo de protección), como de la propia asistencia social (que más allá de la clásica beneficencia, como se infiere de la STC 76/1986, de 5 de junio, tiende a paliar necesidades no cubiertas, o cubiertas de modo insuficiente, por el cuadro prestacional estable de la Seguridad Social), existen diferencias relevantes entre estas ayudas y las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación incluidas en el sistema de la Seguridad Social. A estos efectos conviene recordar que cuatro son las características de las ayudas objeto de controversia que interesa examinar: su carácter complementario de las pensiones de jubilación e invalidez del sistema de Seguridad Social en sus modalidades no contributivas; su carácter extraordinario, que limitan en el tiempo el derecho a la percepción; la inexistencia de módulos de actualización de los auxilios, consecuencia de lo anterior; y su abono a cargo de los presupuestos autonómicos. Ninguna de estas notas caracteriza a las ayudas objeto de estos procedimientos acumulados. En efecto, estas ayudas no se extienden a todo el período que dure la contingencia, pues tienen "carácter extraordinario como

consecuencia de quedar limitada su vigencia al ejercicio de 1999” (art. 2 del Decreto 284/1998), ni, por la misma razón, generan obligación de su prolongación en el tiempo a la Junta de Andalucía, ya que ésta sólo queda obligada al pago único del montante de las ayudas (art. 3 del mismo Decreto).

21ª) Sanidad e higiene¹⁰.

No obstante, transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las CC.AA podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149 CE.

Y ¿que nos dice el famoso y trascendental artículo 149 CE¹¹ a los efectos de este breve estudio?, pues lo siguiente:

¹⁰ Vid. la ya citada STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre.

¹¹ 18. Vid. la ya citada STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre, en cuyo F.J. 3º, se apunta que: “(...) la clave de bóveda de nuestra respuesta ha de venir determinada por la naturaleza que se atribuya a la materia regulada en la Ley impugnada. Es claro que, en un proceso como el presente, situar la institución objeto de reclamación competencial dentro de un determinado ámbito material es, por regla general, un paso imprescindible para referirla a algunos de los títulos competenciales enunciados en el art. 149 CE. y concordantes de los respectivos Estatutos de Autonomía y, por ello, esta cuestión no constituye un mero ejercicio teórico. Es, por el contrario, presupuesto imprescindible para comprender la esencia misma de ambos recursos (...) el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña sostiene que la primera y principal finalidad perseguida por la Ley que discute es alcanzar unos concretos objetivos de protección social abordando la regulación de una nueva institución de previsión que faltaba en nuestro ordenamiento jurídico, cuales son los denominados Planes y Fondos de Pensiones. Ese objetivo de previsión social es el predominante, sin que sobre él puedan sobreponerse las connotaciones económicas o financiera de la institución. No se protege para obtener, recaudar o controlar Fondos, sino que éstos se obtienen, recaudan o controlan para proteger. La financiación es un instrumento para la previsión social y no a la inversa. Por su parte, el Parlamento Vasco afirma que la Ley de Planes y Fondos de Pensiones pretende regular una institución complementaria de la Seguridad Social, no sólo en su contenido sustantivo sino también en el aspecto organizativo.

El representante del Gobierno de la Nación entiende que en la Ley existen dos planos que no deben ser mezclados y que sitúan el conflicto en sus verdaderos términos: aunque la Ley tiene unos objetivos marcados —uno de los cuales hace expresa referencia a las instituciones de previsión social, conectadas de forma directa con los ámbitos materiales a que hacen referencia los arts. 41 y 50 CE.—, su contenido no se corresponde con esa finalidad de regular exhaustivamente una institución de previsión social, en su estructura organizativa y en las diversas modalidades de protección. Para él, la Ley 8/1987 es fundamentalmente una norma de regulación de los aspectos financieros de la institución y, en forma subsidiaria, de los fiscales, sosteniendo, como ha ya quedado dicho, que se trata de una norma “agnóstica” sobre la naturaleza de la institución que disciplina.

El desarrollo argumental de los recursos pone de manifiesto el carácter poliédrico de la institución regulada, que justifica tan diversas valoraciones sobre la misma. el conjunto del articulado de la Ley permite inducir que las dos instituciones reguladas en ella, aunque estre-

chamente relacionadas, son intelectualmente distinguibles, respondiendo ambas a una misma finalidad pero cumpliendo distintas funciones convergentes o encadenadas, una de ellas —el Fondo— instrumental para el cumplimiento de los fines de la otra —el Plan— y regida por los principios propios de la gestión de una masa patrimonial separada. No resulta casual, a estos efectos, que las reiteradas afirmaciones del Abogado del Estado en torno a la práctica identidad de régimen entre esta Ley y la 46/1984, sobre Instituciones de Inversión Colectiva, se manifiesten de forma prácticamente invariable en preceptos dedicados a perfilar el régimen jurídico de los Fondos de Pensiones. Esta relativa identidad, al cabo, no es sino la consecuencia de la naturaleza predominantemente financiera de estos últimos.

Desde la perspectiva de los objetivos confesados en la propia Exposición de Motivos de la Ley, los Planes de Pensiones son el elemento que le otorga su perfil característico e impiden que su contenido pueda confundirse con el de otra figura financiera más. Precisamente por este papel central requieren un análisis prioritario a la hora de concretar el ámbito material en que la norma se sitúa. La anterior conclusión no queda obstaculizada por el hecho de que la institución que se contempla pueda servir de cauce para mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. El análisis del título competencial enunciado en el art. 149.1.17 CE., permite comprobar cómo existe un sustancial alejamiento entre los rasgos conceptuales de la Seguridad Social y los que acompañan a los Planes de Pensiones regulados en la Ley 8/1987. En efecto, la propia norma describe unas modalidades prestacionales que se encuentran profundamente condicionadas por la voluntad de sus eventuales beneficiarios o de terceros: la voluntad privada determina —sin agotar el elenco— la existencia misma de un Plan de Pensiones (art. 1.2), el círculo de sujetos que se beneficiarán, en su caso, de las prestaciones en ellos establecidas (art. 3.2 y art. 4) y la propia extensión e intensidad de la tutela dispensada (art. 4.2, en conexión con el art. 6). El alejamiento de la noción “Seguridad Social” es, pues, patente, siendo razonablemente descriptiva de él la propia referencia legal a la relativa autonomía de las prestaciones que puedan percibirse en aplicación de estos Planes respecto de las que pueda dispensar la Seguridad Social (art. 1.2). Y para mantener esta conclusión nada obsta que —como dice el Parlamento Vasco— exista una interacción necesaria o potencial entre los sistemas de Planes de Pensiones y las prestaciones del sistema público de Seguridad Social. Esta sedicente interacción es un dato externo a la delimitación material que ahora nos ocupa y, de producirse, podrá afectar al compromiso que a los poderes públicos impone el art. 41 CE. —en términos de “suficiencia” de las prestaciones o de garantía institucional del sistema de Seguridad Social—, pero no entronca de forma necesaria estos sistemas autónomos de protección con el núcleo heterónomo e imperativo que conforma los modernos sistemas de Seguridad Social. F.J. 6. (...) ha de tenerse presente que los Planes de Pensiones han surgido precisamente como reacción frente a la crisis de la que adolecen el modelo tradicional de Seguridad Social y el mutualismo por su sistema de reparto, así como la insuficiencia del aseguramiento individual de carácter privado. Pero como toda institución jurídica nacida en respuesta a las demandas sociales, son el producto de una evolución que da como resultado instituciones nuevas, nunca nacidas de la nada o creadas ex nihilo, sino que, por el contrario, aprovechan ideas y elementos de aquéllas a las que vienen a sustituir, completar o perfeccionar y por ello no puede extrañar que, en alguno de sus aspectos, evoquen a las instituciones de previsión social, especialmente en aquellos que permiten conceptualarlos como contratos de previsión colectiva.

Ahora bien, de la Ley 8/1987 se desprende con claridad que con los Planes de Pensiones se ha querido generalizar la previsión individual mediante técnicas de fomento —incentivos fiscales— adecuadas para actividades donde prima la voluntariedad de los sujetos intervinientes. De suerte que nos encontramos ante un contrato de nuevo cuño de previsión colectiva, que permite, además, distintas modalidades en la constitución de los Planes (art. 4), en atención a

una pluralidad de objetivos sociales. Y si bien en algunas de esas modalidades pueden haber quedado rasgos residuales del viejo mutualismo, es evidente sin embargo que la nueva institución, tanto en su ordenación legal como en su finalidad, va mas allá de tales residuos. De un lado, porque en algunos aspectos contractuales del régimen de los Planes de Pensiones el legislador estatal, en el ejercicio de su competencia exclusiva (art. 149.1.6 CE.), le ha dado un tratamiento jurídico unitario. De otro, por haber querido prolongar esa unidad asociando estrechamente los Planes con sus instrumentos financieros, los Fondos de Pensiones. De suerte que los primeros, con independencia de los sujetos que los constituyan y sus particulares objetivos sociales, están necesariamente enlazados con los segundos en la común finalidad de potenciar, a través de nuevos cauces, la previsión voluntaria y de carácter privado mediante el ahorro. En definitiva, los Planes son un nuevo fenómeno al que la Ley da una respuesta unitaria, con un régimen jurídico uniforme, vinculados indisolublemente a los Fondos, sin los cuales resultarían ininteligibles.

Si se profundiza aún más en la razón de ser de la institución y en los objetivos a los que tendencialmente se encamina se observa que su área material propia no coincide con la previsión social. El mismo legislador califica a los Planes de Pensiones en la Exposición de Motivos de la Ley 8/1987 de “modalidad de ahorro” de origen contractual mediante el establecimiento de «instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria». Esta calificación no es una licencia lingüística del legislador sino que, por el contrario, se ajusta con exactitud a la configuración que de los Planes de Pensiones hace después en el articulado de la Ley como instrumento de ahorro. Un Plan de Pensiones es un contrato (cuyo origen voluntario se destaca en el art. 1.2 de la Ley), con un contenido mínimo fijado en ella (art. 6), con la finalidad de garantizar unas prestaciones (art. 8.5) de carácter privado (art. 1) cuando se produzcan determinadas contingencias (art. 8.6). Se trata de un instrumento de aseguramiento que, en la primera de sus modalidades, garantiza un “salario” diferido y, por lo tanto, de una forma de ahorro. Es verdad que no pueden ser caracterizados como contrato de seguro típico por la falta de uno de los elementos personales definitorios de esta clase de contratos, como es el asegurador, pero en la medida en que con ellos se persigue garantizar una prestación cuando se produzcan determinadas contingencias, responden a la idea básica de todo contrato de seguro porque garantizan un desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario cuando acontezca el suceso contingente. Está en ellos presente la idea de riesgo, en el sentido técnico-jurídico de esta expresión, porque se trata de “asegurar” aquel desplazamiento cuando ocurra el hecho previsto como contingencia, determinante del nacimiento de una necesidad patrimonial (jubilación, invalidez, muerte).

Según apunta el F.J. 7.º En consecuencia, el ámbito material más directamente implicado en los Planes de Pensiones, por su finalidad y estructura, es, por un lado, el mercantil, respecto del cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6), en cuanto se trata de regular el contenido obligacional de un contrato de esa naturaleza, y, por el otro, el de los seguros, en relación con el cual, como ocurre con el crédito y la banca, al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación (art. 149.1.11), desde la perspectiva de la intervención administrativa, con sus garantías y cautelas, en este sector económico (STC 330/1994, F.J. 2º), mientras que las CC.AA lo son para el desarrollo legislativo y la ejecución de tales normas básicas [arts. 11.2 a) E.A.P.V. y 10.1.4 E.A.C.]. A ese esquema de distribución de competencias sólo escapan subsectores concretos por la concurrencia de otros títulos competenciales específicos, los cuales, por su propia especialidad, no permiten una interpretación expansiva con la inclusión, en este caso, de los Planes y Fondos de Pensiones en la noción de “mutualidades no integradas en la Seguridad Social”. Además, esos subsectores caen, también, como ya ha quedado dicho, bajo la órbita de la competencia estatal ex art. 149.1.11 CE. en cuanto aquellas entidades realicen

1º) Que el Estado tiene competencia exclusiva entre otras muchas más —que no es del caso ni citar aquí y ahora— sobre las siguientes materias:

- 1ª) La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales¹².
- 7ª) Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las CC.AA.

actividades que, como la aseguradora, debe regular el Estado mediante el establecimiento de sus bases (SSTC 86/1989, FF.JJ. 5º y 7º; 35/1992, F.J. 2º; y 220/1992, F.J. 3º).

Vid. F.J. 1º de la ya citada STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre, que señala igualmente que “(...) los títulos competenciales sobre la materia que es objeto de este conflicto son los mismos que hemos señalado en la citada STC 206/1997. Es decir, el relativo a la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (149.1.6), y los que se determinan en los apartados 11, 13 y 14 del citado art. 149.1 CE., en los que se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y, por último, sobre Hacienda general y Deuda del Estado. Y F.J.2º. No estamos ante una competencia estatal exclusiva, sino en una materia en la que concurren, de una parte, las competencias del Estado que acaban de enumerarse, y, de otra, las que a la C.A. del País Vasco reconocen los arts. 11.2 a) y 10.25 de su Estatuto de Autonomía; esto es, la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de las bases del Estado en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, y la que con carácter exclusivo tiene en materia de promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación general de la economía.”

¹² *Vid.* la ya citada STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero (F.J. 14), donde en materia de Asistencia Social se cuestiona la posible competencia residual del Estado, que «(...) aceptando que tales pensiones se incluyen en la materia de “asistencia social”, entendida como el conjunto de acciones y técnicas de protección que queden fuera del sistema de la Seguridad Social (STC 146/1986, F.J. 2º) y que la referida materia es competencia exclusiva de la C.A. de Cataluña (arts. 148.1.20ª CE. y 9.25 E.A.C.) y dado que la simple habilitación de créditos en los PGE —según doctrina reiterada— no constituye un título competencial propio y universal que autorice al Estado a invadir la competencia exclusiva autonómica, ni a ejercer una competencia paralela o concurrente sobre la misma materia asumida en exclusiva por la C.A., es preciso determinar si existe algún título competencial o algún precepto constitucional que habilite al Estado para esta concreta intervención en la materia de asistencia social» —y sigue diciendo—. «Ya hemos advertido en los FF.JJ. anteriores que la inexistencia de un título competencial basado en el “poder de gastar” no impide al Estado el ejercicio de toda acción social o económica mediante la vía subvencional canalizando sus recursos financieros al fomento de programas generales o de acciones singulares, para lo que puede estar legitimado constitucionalmente por virtud de otros títulos competenciales en razón a la función a la que el Estado —junto a los demás Poderes Públicos— viene compelido por el art. 9.2 CE. de promoción de la igualdad sustancial del individuo y de los grupos en que se integra, reafirmando la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE.). Máxime cuando se trata (...) de medidas prestacionales tendentes a asegurar un “mínimo vital” para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida, lo que se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, que el art. 149.1.1ª atribuye al Estado como competencia exclusi-

16ª) Sanidad exterior. Bases y coordinación¹³ general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos¹⁴.

va. Examinando desde esta doctrina el presente supuesto hemos de concluir que las facultades normativas en materia de pensiones asistenciales aquí impugnadas encuentran claro apoyo competencial (...) en el art. 149.1.1ª, en conexión con el art. 50 CE, que habilitan al Estado para establecer normativamente los principios básicos que garanticen la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de los españoles, en el presente caso, asegurando, con carácter general, una pensión asistencial mínima e idéntica para todos, lo que se justifica, además, por las propias limitaciones económicas que harían inviable, desde la consideración misma del principio de solidaridad, una configuración diversificada de las condiciones de edad de los beneficiarios y de la cuantía de tales pensiones asistenciales en el territorio nacional. Cosa distinta será el modo en que hayan de ejecutarse y gestionarse los fondos presupuestarios destinados a tales ayudas, que habrá de hacerse en todo caso —como ya se ha dejado dicho— respetando las competencias autonómicas exclusivas sobre la materia, mediante una distribución de tales fondos del Estado entre todas las CC.AA conforme a módulos o criterios objetivos de reparto o bien mediante Acuerdos o a Convenios singulares ajustados a la Constitución».

Vid. la muy interesante y amplia STC (Pleno) 239/2002, de 11 de diciembre (F.J. 10): “(...) En relación con el alcance del art. 149.1.1 CE hemos declarado que “sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario (...) quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. Sobre este presupuesto, el art. 149.1.1 CE “permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”, lo que conlleva que dicho título competencial “no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica” [STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b)]. Por todo lo expuesto, podemos concluir que el sistema de la Seguridad Social no resulta perturbado por las medidas que examinamos, ni tampoco las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en lo relativo a la percepción de pensiones (arts. 149.1.1 y 14 CE), pudiéndose añadir a ello que el Estado siempre podrá adoptar, al amparo de los expresados títulos competenciales o de otros que en cada caso puedan ser de aplicación, las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en dicho sistema como consecuencia de la acción normativa de las CC.AA”.

¹³ *Vid.* STC (Pleno) 211/2012, de 14 de noviembre, resolviendo el conflicto positivo de competencia núm. 1453-2003 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en relación con la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico, y con la resolución de 26 de noviembre de 2002, de la Subsecretaría de dicho Ministerio, por la que se regula la utilización del sistema de declaración electrónica de accidentes de trabajo (Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, aprobados por la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

En su F. J. 6º se nos recuerda que “(...) Como señalamos en la STC 111/2012, FJ 8, “la coordinación es una facultad que guarda estrecha conexión con las competencias normativas, de modo que el titular de estas últimas ostenta aquella facultad como complemento inherente (STC 194/2004, FJ 8) encontrándose insita no sólo en toda competencia básica (STC 81/2005, FJ 10), sino que la facultad de coordinación se conecta con las competencias normativas en general. Así, hemos precisado que no se pueden reducir ni confundir las manifestaciones específicas de coordinación que

aparecen en nuestra Constitución (art. 149.1, apartados 13, 15 y 16 CE, entre otros) como competencia adicional a una competencia normativa limitada, 'con las funciones generales de coordinación que corresponden al Estado cuando sus competencias normativas son plenas, dado que aquél no puede desentenderse en absoluto de la ejecución autonómica de la legislación estatal. Resultan así posibles formas de intervención normativa que establezcan reglas que cumplan una función coordinadora de las Administraciones autonómicas entre sí y con el Estado' (STC 104/1988, FJ 2)".

¹⁴ *Vid.* STC (Pleno) 98/2004, de 25 de mayo, sobre "Precios de referencia en especialidades farmacéuticas", resolviendo el recurso de inconstitucionalidad núm. 1297/97, promovido por el Presidente el Gobierno contra el artículo 51 y la D.A.25ª de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, LPG Canarias para 1997, que trata de los "Precios de referencia en especialidades farmacéuticas", y que en su F. J. 5 señala: "En efecto, el "Sistema Nacional de Salud" tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud. De este modo, proporciona a todos los ciudadanos una serie de prestaciones de atención sanitaria de índole diversa, como la atención primaria y especializada, las prestaciones complementarias (entre ellas, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario), los servicios de información y documentación sanitaria, y la "prestación farmacéutica" (configurada tanto por los "medicamentos" como por los "productos sanitarios" necesarios para conservar o restablecer la salud de acuerdo con las concretas necesidades clínicas de los usuarios), siendo esta última a la que el precepto impugnado se refiere, al regular uno de los aspectos que garantizan el acceso a ella a través de la financiación pública selectiva del medicamento.

A pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE). Como se ha dicho con anterioridad, el precepto impugnado no se circunscribe a la asistencia sanitaria que es dispensada por el sistema de Seguridad Social a favor de los beneficiarios que se encuentran dentro de su campo de aplicación, sino, más ampliamente, a la financiación pública de una prestación sanitaria (el medicamento) proporcionada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universalista a todos los ciudadanos. Se aprecia que la norma canaria no afecta al régimen económico de la Seguridad Social, ni a sus recursos financieros, ni a la vigencia del principio de "caja única" por el que se rige. Y ello resulta avalado porque la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas CC.AA se ha visto acompañada de una nueva forma de financiación de la asistencia sanitaria, que abandonando la específica partida presupuestaria de la Seguridad Social se ha integrado en el sistema general de financiación autonómica junto al resto de las partidas presupuestarias (proceso este que ha culminado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre). Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, establece en su art. 32.7 que en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la C.A. el desarrollo legislativo y la ejecución en la materia de sanidad e higiene. Reformado posteriormente el citado Estatuto por Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, la competencia de Canarias en esta materia se recoge en el nuevo art. 32.10, relativo al desarrollo legislativo y ejecución sobre sanidad e higiene y coordinación hospitalaria. Asimismo, el art. 33.3 de la misma norma estatutaria prevé que le corresponde a esa C.A. la competencia de ejecución en la materia de gestión de las presta-

ciones sanitarias y sociales del sistema de la Seguridad Social y de los servicios del Instituto Nacional de la Salud, Instituto Nacional de Servicios Sociales e Instituto Social de la Marina.

En el F.J. 6 seguimos leyendo que “(...) en relación al concepto de “bases”, nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la C.A., en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la C.A. (SSTC 1/1982, FJ 1; 69/1988, FJ 5; 102/1995, FFJJ 8 y 9; 197/1996, FJ 5; 223/2000, FJ 6; 188/2001, FJ 8; 126/2002, FJ 7; 24/2002, FJ 6; 37/2002, FJ 9; y 1/2003, FJ 8, en torno al concepto de lo “básico”).

Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, FJ 2; 42/1983, FJ 3; 80/1985, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las CC.AA hayan asumido en la materia (STC 32/1983, FJ 2).

Y en su F. J. 7º se nos aclara “(...) que el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de “sanidad”, pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica. (...) la financiación pública del medicamento, a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente, es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado. Partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”. De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las CC.AA, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE).

Efectivamente, la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las CC.AA en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; y 152/2003, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos. Y se lo exige cuando en

17ª) Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CC.AA.

Sobre este particular es de gran interés la STC (Pleno) 179/1992, de 13 de noviembre¹⁵, cuando en F.J. 2, nos dice con total claridad que “(...) En aquellos

el art. 149.1.16 CE le atribuye las bases en materia de “sanidad”, para asegurar —como se ha dicho— el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 Ley 16/2003, que establece que todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva. Y siendo una de las citadas prestaciones el medicamento, es evidente que el acceso al mismo en condiciones de igualdad presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la C.A. en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión. Pero es preciso recordar que la norma autonómica recurrida faculta al Gobierno de Canarias para fijar, dentro del ámbito del Servicio Canario de la Salud los “precios de referencia” en las especialidades farmacéuticas y posibilita, asimismo, la financiación pública de las especialidades que excedan de los citados precios siempre que exista informe complementario del facultativo del Servicio Canario de Salud en el que se justifique la elección del medicamento de coste superior al de referencia, informe éste que debe ser aprobado por el órgano competente del citado servicio.

Pues bien, se hace preciso tener presente en este momento que, de acuerdo con el criterio hermenéutico reiteradamente aplicado por este Tribunal (SSTC 4/1981, FJ 1; 5/1981, FJ 6; 122/1983, FJ 6; 176/1999, FJ 3; 233/1999, FJ 18; y 152/2003, FJ 7) cuando son posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera, en tanto que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la CE y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo otra interpretación. En el presente supuesto el precepto impugnado admite dos interpretaciones. Partiendo de su estricta literalidad, cabe entender que la norma recurrida atribuye al Gobierno de Canarias la posibilidad de regular, en el ámbito del Servicio Canario de la Salud, la fijación de los precios de referencia en relación a las diversas especialidades farmacológicas, sean cuales sean dichos precios y, en consecuencia, respeten o no los mínimos establecidos por la norma básica. Interpretada de ese modo, la norma impugnada sería inconstitucional. Ahora bien, en segundo lugar también cabe efectuar una interpretación conforme a la CE entendiendo que la facultad que atribuye al Gobierno de Canarias el art. 51.1 de la Ley canaria 5/1996, lo es sólo para fijar precios de referencia, siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal. Así entendida, la Ley canaria sería conforme a la Constitución pues, como hemos argumentado en los FF.JJ. 6 y 7, las bases tienen el significado de mínimos a respetar por la legislación autonómica. En conclusión, el precepto así interpretado no vulnera el art. 149.1.16 CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad. En conclusión, el precepto así interpretado no vulnera el art. 149.1.16 CE en lo relativo a las bases y coordinación general de la sanidad.

¹⁵ Resolviendo recurso de inconstitucionalidad núm. 951/86, interpuesto en nombre del Gobierno Vasco, contra la Disposición final primera del Real Decreto Legislativo 931/1986,

de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las Directivas de la C.E.E.

Vid. en este sentido la STC (Pleno) 220/1992, de 11 de diciembre resolviendo conflictos positivos de competencia núms. 591/86, 604/86, 1137/87 y 1325/87, acumulados y promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, y por el Gobierno Vasco, en relación: al Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social; a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 9 de abril de 1987, por la que se desarrolla el precitado Reglamento; y a la Resolución de la Dirección General de Seguros del mismo Ministerio, de 21 de mayo de 1987, en la que se deniega la remisión a la Generalidad de Cataluña de la documentación presentada en dicha Dirección General por una agrupación mutua para su inscripción en el Registro Especial de Mutualidades de Previsión Social. a cual señala que “la función de establecer normas básicas —se dijo en la citada STC 86/1989— corresponde a las Cortes Generales pero, en determinados supuestos, también a la potestad reglamentaria, dada la naturaleza de lo que es sin duda una operación técnicamente compleja, aunque lógicamente esa labor gubernamental sea revisable por este Tribunal en lo que atañe a su dimensión competencial (F.J. 2º). Y en esta tarea de control puede ser empleado como criterio orientador la adecuación entre los objetivos básicos perseguidos y las normas efectivamente establecidas. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 33/1984, de Ordenación de los Seguros Privados, afirma que el fin de esta normativa está en garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras y proteger los intereses de los asegurados y beneficiarios y, a la par, mantener las características más congruentes con la finalidad de instituciones cuales son las mutualidades. Es patente que definidos los objetivos básicos en la Ley, el Reglamento ahora discutido debe respetarlos. Y no sólo existe esa limitación ya que, por otro lado, tal y como se dijo en la STC 35/1992 (F.J.3º), existiendo una Ley que ordena la materia y que ha definido ya qué debe entenderse como básico, “no puede el Reglamento invocar tal calificación más allá de lo previsto en esa Ley previa”

A modo de conclusión, de la reseñada STC 86/1989 se desprenden los siguientes criterios de deslinde con relevancia para la solución de esta controversia: el Estado puede emanar bases para la ordenación de los seguros privados que incidan en las mutualidades de previsión social, pese a la persistencia de los principios propios de estas entidades (muy especialmente el principio de solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro); pero ello es así en la medida en que estas entidades lleven a cabo una actividad aseguradora, y sin que el alcance de esas normas básicas llegue al aspecto organizativo o estructural de las mismas y, en su caso, a otras funciones, aspectos que caen dentro de la órbita de las competencias exclusivas autonómicas. En esta labor delimitadora de las bases de la actividad aseguradora, el Reglamento estatal puede completar a la Ley e imponerse como límite a la intervención normativa de las Comunidades con competencias, siempre y cuando no vaya más allá de lo previsto en la Ley previa. De suerte que el Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social es un vehículo normativo idóneo para completar la fijación legal de las bases estatales para la ordenación de los seguros (art. 149.1.11 de la Constitución), que se apliquen a la actividad aseguradora de las mutualidades de previsión social. Porque ya los arts 18.1, 21 y 39.3 de la Ley 33/1984 que el Decreto viene a complementar —y que en su día fueron declarados constitucionales por la STC 86/1989— establecían un sistema de distribución de competencias presidido por las normas básicas establecidas en el Capítulo Cuarto de dicha Ley (arts 16 a 21), pero cuya “regulación o desarrollo legislativo y reglamentario corresponderá conforme al artículo 39 al Estado o a las CC.AA en el ejercicio de las competencias que a éstas les estén atribuidos” (art. 21); y la Disposición Final 6ª (apartado 2º) habilitaba al Gobierno para desa-

rollar reglamentariamente los preceptos contenidos en la Ley sobre mutualidades de previsión social “en el ámbito de sus competencias” y en el plazo de un año desde la publicación de la Ley. Por lo tanto, definido lo básico en una Ley formal, la misma efectuaba una habilitación y permitía un complemento reglamentario por el Estado en la medida indispensable para preservar un tratamiento uniforme (posibilidad que se ha admitido en distintas ocasiones, SSTC 57/1983, F.J. 7º; 77/1985, F.J. 16, 182/1988, F.J. 5º, 227/1988, F.J. 32, 147/1991, F.J. 4º, etc.). Se cumple, además, aquí el principio de preferencia de la Ley en la delimitación de lo básico, y a la vez la intervención complementaria del Reglamento en desarrollo de la Ley en esta tarea se justifica en el carácter marcadamente técnico de la actividad aseguradora, en general, y del mutualismo, en particular. En cambio, los arts. 15 y 16 por su contenido organizativo deben quedar en el seno de la competencia exclusiva autonómica sobre mutualismo. Cuestiones todas ellas que por referirse a cuestiones internas y organizativas de las mutualidades son de la competencia de las CC.AA del País Vasco y de Cataluña en virtud de la competencia exclusiva que tienen atribuida en sus Estatutos (art. 10.23 del Estatuto del País Vasco y 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). A este respecto ha de recordarse nuevamente lo declarado en la STC 86/1989 (FF. JJ. 7 y 19) en el sentido de que las normas básicas no pueden afectar al régimen jurídico estructural y funcionamientos de las mutualidades que queda dentro del ámbito competencial de las CC.AA, ya que de no ser así sería inútil la competencia exclusiva que tienen atribuida acerca del mutualismo en cuanto sector específico. Así las cosas, no puede este Tribunal razonar en abstracto sobre un inexistente contenido del conflicto, pues cuando el proceso constitucional atiende a controversias fundadas en una vindictio potestatis la carga del actor en pormenorizar el despojo competencial que denuncia es si cabe mayor que en otros procesos.

Vid. asimismo la STC (Pleno) 195/1996, de 28 de noviembre, resolviendo recurso de inconstitucionalidad núm. 1.279/88, interpuesto por el Gobierno Vasco, contra la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, en cuyo F.J. 2º leemos: “(...) cierto es que, según venimos repetidamente afirmando, el legislador debe declarar expresamente el carácter básico de las normas o, en defecto de tal declaración, que las mismas han de tener una estructura de la que quepa inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básicas (SSTC 69/1988, 227/1988, 15/1989 y 131/1996). Y, en el presente caso, ciertamente, la Ley impugnada no contiene mención al carácter básico de sus preceptos. Pero, la impugnación del Gobierno Vasco, fundada esencialmente en que algunas de las infracciones contempladas en la Ley 8/1988 desconocen las competencias de desarrollo legislativo del País Vasco en materia de sanidad interior (art. 18.1 E.A.P.V.), y formulada en términos genéricos con “renuncia actual a un examen de cada uno de los preceptos de la Ley 8/1988 a fin de contrastar su carácter básico”, por entender más lógico “diferir dicho examen al momento en que el Parlamento Vasco dicte una ley ordenadora de la materia”, resulta inviable por su misma inconcreción, sin necesidad de entrar a decidir si, como replica el Abogado del Estado, los preceptos de la Ley que penalizan infracciones con incidencia sanitaria (arts. 9, 10 y 11) lo hacen desde una perspectiva que obliga a incardinarlos en la legislación laboral, que corresponde exclusivamente al Estado ex art. 149.1.7 CE.. En efecto: desde la STC 11/1981 ha venido declarando este Tribunal que el recurso de inconstitucionalidad “no lo establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal como impugnación dirigida contra un bloque o una parte del sistema normativo o del ordenamiento jurídico” sino que en él se trata, tan sólo, “de enjuiciar, exclusivamente, los textos legales y las fórmulas legislativas que no se encuentren expresamente derogados” (F.J. 4º; en el mismo sentido, STC 332/1993, F.J. 3º). Y también hemos afirmado que no sería legítima “la utilización del recurso de inconstitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones preventivas o previsoras ante eventuales agravios competenciales o interpretativos

supuestos en que corresponde al Estado la competencia para aprobar las normas básicas de una materia, la calificación expresa, de entre las normas estatales, de las que tienen carácter básico y de las que no lo tienen no es una mera facultad o posibilidad abierta al titular de la potestad normativa correspondiente. Es, por el contrario, un deber general inherente a su función. En efecto, como se desprende de la doctrina que viene manteniendo este Tribunal sobre el concepto y la concreción de las normas básicas (SSTC 69/1988, 80/1988, 227/1988, 15/1989, 132/1989, 147/1991, etc.), sin perjuicio del “concepto material” de esa noción, conforme al cual la definición de lo básico por el Legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, existe también una exigencia formal en la definición de lo básico, en virtud de la cual, por razones de seguridad jurídica y

que pongan a cubierto de aplicaciones contrarias al orden de competencias establecido en la CE. y, dentro del marco constitucional, en los Estatutos de Autonomía” (STC 49/1984, F.J. 2°). ”

Vid. en este mismo sentido el F.J. 7° la STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre, cuando reitera que “Una consolidada doctrina de este Tribunal ha tenido ocasión ya de despejar las incógnitas del problema, en términos que ahora es útil recordar. Es cierto que se ha afirmado que, superada la fase inmediatamente posterior a la implantación del régimen territorial del Estado, contenido en el Título VIII de la Constitución, la noción material de “bases” que prevaleció en la jurisprudencia correspondiente a esos años ha de entenderse ahora acompañada de exigencias formales, de tal suerte que las bases de una determinada materia han de regularse por medio de Ley formal «que designe expresamente su carácter de básica o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad» (STC 69/1988, F.J. 6°). Sin embargo, esta afirmación no excluye que, excepcionalmente, puedan regularse ámbitos materiales que merezcan esta calificación a través del reglamento, al no ignorar la anterior doctrina la relación de cooperación entre ley y norma reglamentaria, también admitida en la norma constitucional [por todas, STC 133/1997, F.J. 7°.b)]. Claro que una regulación a través de esta vía es excepcional, de ahí la necesidad de poner de manifiesto una especial justificación de la intervención reglamentaria, en cuanto la complejidad o el dinamismo de la materia regulada requieran de un procedimiento de concreción normativa más flexible que el que acompaña a la elaboración de las leyes. Partiendo de esta doctrina, resulta en principio rechazable la impugnación hecha por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña de la Disposición final tercera, que atribuye al Gobierno la facultad de desarrollo reglamentario de la Ley. Como ya se ha dicho, en una materia como la abordada por esta Ley, en que el Estado ostenta solamente la potestad de definir las “bases” de su regulación, el juego del reglamento queda naturalmente disminuido, pero no plenamente excluido, de ahí que no quepa descartar una remisión de naturaleza semejante a la que contiene la Disposición final tercera, pues, en el fondo, su impugnación tiene una orientación cautelar que no está justificada ahora y que sólo podrá ser abordada suficientemente a la vista del Reglamento que se apruebe para la ejecución de la Ley. Básica es la previsión normativa de la Comisión de Control del Plan de Pensiones y básica también es la fijación de sus funciones, e igual condición debe atribuirse a una previsión normativa que, como la discutida, pretende garantizar a los beneficiarios la mayoría absoluta en la Comisión de Control del Plan cuando éste quede sin partícipes. Es, sí, una norma de organización, pero estructural y, en cuanto tal, básica en la medida en que tendencialmente se endereza a garantizar la estabilidad del sistema instaurado en la Ley, en el que, frente a la figura del promotor, se erige como dominante la de los partícipes y, en su caso, de los beneficiarios”.

para evitar la ambigüedad permanente, “la Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica”. Esta exigencia formal no sólo pesa sobre el Legislador o sobre la Ley votada en Cortes, que es el instrumento normal para la determinación de las normas básicas, sino también, según nuestra reiterada doctrina, sobre el Gobierno de la Nación cuando, con carácter excepcional, pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia. Con mayor razón, por tanto, pesa sobre el propio Gobierno cuando haya de regular mediante un Decreto Legislativo una determinada materia sobre la que el Estado tiene competencia para aprobar las normas básicas. En este último caso, el Gobierno no solo puede, sino que debe establecer qué preceptos de los contenidos en el Decreto Legislativo tienen naturaleza básica, salvo, naturalmente, si se lo impidiera la Ley de delegación o pudiera deducirse que ésta ha pretendido agotar por sí misma la regulación de los aspectos básicos de la materia”.

De otro lado, la citada STC (Pleno) 195/1996, de 26 de noviembre nos dice que “conviene empezar por recordar que el art. 149.1.17 CE. atribuye al Estado competencia exclusiva sobre “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CC.AA”. Por su parte, el art. 18.2 E.A.P.V. establece que “en materia de Seguridad Social corresponderá al País Vasco: a) El desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. b) La gestión del régimen económico de la Seguridad Social”. Ha de distinguirse, consiguientemente, entre la Seguridad Social y su régimen económico como materias competencialmente distintas. Respecto a la primera es evidente que, ostentando el País Vasco competencias ejecutivas, le corresponde ejercitar las potestades sancionadoras que garanticen el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle (STC 102/1995, F.J. 32). En cuanto a la segunda, la delimitación del ámbito de actuación de la C.A. requiere mayores precisiones, pues la atribución al Estado o a las CC.AA del “régimen” en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, F.J. 4º y 38/1983, F.J. 3º); pero implica también un “plus”: además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario. Eso es lo que sucede en el caso del régimen económico de la Seguridad Social.

Como dijimos en la citada STC 124/1989, (F.J. 6º) “(...) del art. 149.1.17ª CE no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es

así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del 'régimen económico' dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un 'régimen público', es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE.), que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1ª de la CE.).

Debe tenerse en cuenta a este propósito que en el momento de aprobarse la Constitución había sido ya creada la Tesorería General de la Seguridad Social para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del art. 149.1.17ª, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del 'régimen económico' como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las CC.AA. "(F.J.3º).

Tal punto de partida obliga a delimitar cuáles, de entre las competencias ejecutivas en materia de Seguridad Social, en virtud de lo dispuesto en el art. 18.2.a) y b) de su Estatuto, corresponden a la C.A. recurrente. Delimitación que, en principio puede llevarse a cabo precisando que son todas, excepto las que quepa atribuir al Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social. Ello obliga a determinar el contenido de esa competencia estatal.

Y sigue aclarando en su F. J. 7º "(...). En la citada STC 124/1989 llegamos, con carácter general, a la conclusión de que "las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social" (F. J. 3º, in fine). Concretando ese principio genérico, afirmamos ulteriormente, analizando la distribución de competencias respecto de determinados actos instrumentales de la obligación de contribuir

(inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) que tales actuaciones no son ajenas al régimen económico, pero tampoco constituyen, exclusivamente, régimen económico. Y, en consecuencia, declaramos que el respeto a la facultad ejecutiva del Estado exigía el aseguramiento de la comunicación inmediata de esos actos, sin perjuicio de las competencias de ejecución de los mismos por parte de la C.A. En consecuencia, precisamos que el control del cumplimiento de los correspondientes deberes sólo podía corresponder al Estado en tanto afectasen al cumplimiento de las obligaciones recaudatorias (F.J. 5º).

E, inmediatamente, al analizar las actuaciones de gestión y control de la cotización y recaudación de las cuotas y demás recursos de financiación del sistema de la Seguridad Social, así como las de aplazamiento o fraccionamiento de los pagos correspondientes, declaramos que de unas y otras quedan incluidas en la competencia exclusiva del Estado en materia de régimen económico de la Seguridad Social, pues ambas “pueden encuadrarse conceptualmente dentro de la noción más amplia de gestión del patrimonio único de la Seguridad Social” (F.J. 5º). Declaración que, aunque, efectuada respecto de la recaudación de los ingresos y de su fraccionamiento o aplazamiento, hay que entender que comprende también sus contrapartidas (reducciones, subvenciones, etc.) no sólo porque naturalmente se infiere así, sino porque, de modo expreso, excluimos entonces que las CC. AA. puedan administrar y disponer de los fondos generados por la Seguridad Social sin una previa provisión o habilitación del Estado, a quien corresponde gestionar la Caja única de la Seguridad Social (F.J. 3º, in fine).

De todo ello cabe concluir que, correspondiendo al Estado el control de dicha caja única, ese control supone la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta sólo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con el cumplimiento de los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la C.A. (F.J. 4º, in fine).

Resulta sumamente interesante la famosa STC (Pleno) 239/2002, de 11 de diciembre donde, como nos dice (F.J. 2º) “(...) La discusión litigiosa se circunscribe a determinar si con la entrada en vigor de ambos Decretos la Junta de Andalucía ha vulnerado las competencias del Estado sobre la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), así como las relativas a la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1 CE)”. A tal efecto, el F.J. 3º de esta STC aclaraba “(...) En una primera aproximación interpretativa a este precepto debemos tomar en consideración, como hemos hecho

otras veces (...) la legislación vigente en el momento de aprobarse la Constitución. Pues bien, del examen de la legislación vigente en el momento de aprobarse la Constitución se constata que el sistema de Seguridad Social que hubieron de tener en consideración nuestros constituyentes se estructuraba sobre un doble pilar: el principio contributivo y la cobertura de riesgos que se hubieran efectivamente producido. Así lo constatamos en nuestra STC 103/1983, de 22 de noviembre, F.J. 4, al valorar el alcance de la Ley de bases de la Seguridad Social de 1963 y se deriva también sin dificultad del examen del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el LGSS, cuyos arts. 15 y 20 regulan la obligatoriedad de la cotización y la acción protectora del sistema, respectivamente. Sin embargo, nuestra doctrina ha puesto de relieve que el art. 41 CE, al poner en relación el sistema de Seguridad Social con las “situaciones o estados de necesidad”, persigue superar esta “primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de riesgo o contingencia” (STC 103/1983, de 22 de noviembre, F.J. 4). Con ello, se confirma la idea de que la Seguridad Social se configura como una “función de Estado” para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía (véase, incluso, cómo el art. 36 LGSS aprobado por Decreto 2065/1974 delimita el ámbito de la “asistencial social” con referencia “a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellos dependan”). Como en este sentido declarábamos en la STC 65/1987, de 21 de mayo, F.J. 7, el régimen público de la Seguridad Social se configura como una función de Estado destinada a garantizar “la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad [lo que] supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias”. En definitiva, el sistema de la Seguridad Social es de configuración legal, si bien debe garantizarse en todo caso su reconocimiento institucional en los términos expuestos.

El art. 41 CE aparece como precepto neutro, y en tal sentido sigue diciéndonos el F.J. 3º de esta misma STC: “(...) No puede olvidarse que hemos interpretado también el art. 41 CE en el sentido de que “establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla” pero “no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse en favor de unos u otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII de la Constitución. Es por ello un precepto neutro, que impone los compromisos a que se han hecho referencia a los ‘poderes públicos’, sin prejuzgar cuáles pueden ser éstos” (STC 206/1997, F.J. 5). La neutralidad competencial del precepto obliga, como también dijimos en aquella resolución, a que los criterios interpretativos para alcanzar una solución debamos

buscarlos “en su lugar propio, el Título VIII CE” bajo la guía de los criterios establecidos en nuestra doctrina en relación con el art. 41 CE.

De nuestra doctrina se desprende, por consiguiente, una triple apreciación: 1º). En primer lugar, que la noción de nuestro Derecho positivo en el momento de aprobarse la Constitución acerca del régimen de Seguridad Social se sustentaba en la cobertura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad. 2º) En segundo lugar, que el sistema de Seguridad Social, al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas y 3º) que el art. 41 CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias.

La misma STC 239/2002, aún agregará a todo lo anterior (F.J. 8º) que “(...) las prestaciones que las CC.AA puedan otorgar en materia de asistencia social no exigen ser caracterizadas por su integración en un sistema unitario y permanente ni en el tiempo ni en el espacio, pues la exclusividad de esta competencia permite a aquéllas optar por configuraciones diferentes en sus territorios respectivos. De otro lado, importa destacar que debe rechazarse el criterio que subyace en la argumentación del Abogado del Estado de que el concepto y contenido de las ayudas asistenciales que pueden otorgar las CC.AA hayan de ceñirse a lo que respecto de ambos extremos determinan los arts. 55 y 56 de la vigente Ley de Seguridad Social, que es una norma dictada por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en esa última materia”. Por tanto, nada impide, en principio, que una ayuda de carácter dinerario se configure como propia de la “asistencia social” de competencia autonómica si dicha ayuda no altera o perturba, a los efectos que aquí interesan, el ámbito de la Seguridad Social (...). Pues bien, el carácter complementario de estas ayudas respecto de las pensiones asistenciales de la Seguridad Social, que gráficamente se aprecia en el art. 6 del Decreto 284/1998, no las complementa de un modo que pueda ser calificado como específico de la Seguridad Social; ya que su otorgamiento por una sola vez hace irrelevante el alcance sobre la extensión, suspensión y pérdida del derecho a la percepción de las ayudas a que se refiere el citado art. 6 y, además, muy destacadamente, porque la naturaleza derivada de su otorgamiento único es, per se, diferente a lo que debe considerarse como una pensión, “en términos reconocibles para la imagen que de la misma [Seguridad Social] tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”¹⁶. Frente al carácter esta-

¹⁶ Sigue la línea que marcaran las SSTC 26/1987, de 27 de febrero, F.J. 4, 76/1988, de 26 de abril, F.J. 4, y 37/1994, de 10 de febrero, F.J. 3.

ble de la protección, característico de un sistema de Seguridad Social, la nota de la permanencia resulta ajena a las ayudas controvertidas, como se infiere del hecho de que el Decreto objeto del presente conflicto no revista el carácter de una verdadera norma y se configure como un mero acto administrativo de ejecución adecuado a su estricto carácter estrictamente coyuntural y temporal.

Respecto del tema siempre vidrioso de los principios de *Caja única y de solidaridad de la Seguridad Social* la STC 239/2002, acierta plenamente (F.J. 8.), cuando sentencia que "(...) las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación de la Seguridad Social forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y se integran en la llamada "caja única" del sistema (arts. 80 y 81 LGSS), pues "como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional [art. 149.1.17 CE], la mención separada del 'régimen económico' como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las CC.AA "(STC 124/1989 F.J. 3). A continuación señalábamos que "el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema"¹⁷.

Un supuesto extremo es el que contemplamos en la STC (Pleno) 211/2012, de 14 de noviembre¹⁸, por cuanto la Orden TAS 2926/2002 viene a modificar los modelos

¹⁷ Por ello concluirá esta STC que "(...) Partiendo de esta caracterización esencial del sistema de la Seguridad Social, es claro que los auxilios concedidos por la Junta de Andalucía ni provienen ni están llamados a integrarse en dicha caja única, pues se financian con los créditos de los presupuestos autonómicos (art. 4 del Decreto 284/1998). De esta forma, las prestaciones económicas instrumentadas por la Junta de Andalucía con sus propios recursos no interfieren ni quebrantan el régimen económico unitario de la Seguridad Social, ya que de su régimen jurídico se deduce con claridad que no generan obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado".

¹⁸ Resolviendo conflicto positivo de competencia núm. 1453-2003 promovido por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en relación con la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico, y con la resolución de 26 de noviembre de 2002, de la Subsecretaría de dicho Ministerio, por la que se regula la utilización del sistema de declaración electrónica de accidentes de trabajo (Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, aprobados por la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre.

para la notificación de partes de accidentes de trabajo, establecidos por orden de 16 de diciembre de 1987, con el fin de garantizar su homogeneidad y la armonización con los contemplados en la normativa europea y contempla además la posibilidad de su transmisión por medios informáticos y aprueba el correspondiente programa electrónico, estableciendo en su disposición adicional primera que, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la misma, la cumplimentación y transmisión de los modelos sólo podrá efectuarse por medios electrónicos. La resolución de 26 de noviembre de 2002 regula las condiciones de utilización del mencionado programa electrónico, denominado Delt@¹⁹.

Como aclara el F.J. 2 de esta STC “El detenido examen de la demanda pone de relieve que la vindictio potestatis que se ejerce se refiere a dos aspectos concretos: en primer lugar, que excede de la competencia estatal el establecimiento con carácter uniforme y homogéneo del formato que deberán emplear los sujetos obligados a la comunicación de los accidentes laborales, así como del modelo y las condiciones del soporte informático que ha de utilizarse para la transmisión de esta información; en segundo lugar, que es la Administración autonómica la competente para recibir la información en materia de accidentes de trabajo, y, por tanto es a ésta a quien deben remitirla los obligados, sin perjuicio de su posterior comunicación a los órganos estatales competentes, en lugar de que la comunicación se efectúe directamente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Por su parte el F.J. 3. nos aclara que “(...) La orden contra la que se dirige el presente conflicto, justifica en el preámbulo la reforma, en la necesidad de proceder a la armonización de los datos relativos a los accidentes de trabajo en el ámbito

¹⁹ El Letrado de la Generalitat de Cataluña fundamenta el conflicto contra ambas disposiciones en la vulneración de las competencias autonómicas en materia de ejecución de la legislación laboral (art. 11.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC) y las de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de Seguridad Social [art. 17.2 a) EAC]. Considera que excede de la competencia estatal establecer con carácter uniforme para todo el Estado el formato de los modelos y el soporte informático que deban emplear los sujetos obligados a efectuar la comunicación, y afirma también que forma parte de su competencia ejecutiva, la recepción de los documentos y su transmisión a la Administración estatal.

El Abogado del Estado sostiene que las dos disposiciones impugnadas tienen carácter normativo y vienen a prescribir la forma en que han de efectuarse aquellas comunicaciones llamadas a permitir la puesta en marcha de los mecanismos de la acción protectora de la Seguridad Social, por lo que se insertan en las competencias atribuidas al Estado en el art. 149.1.17 CE. A su juicio, la aprobación con carácter uniforme de los modelos y del procedimiento informático de transmisión tienen carácter normativo en cuanto constituyen presupuesto para el ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes públicos; y la indicación del órgano ante quien se deben presentar no constituye competencia ejecutiva, pues el ejercicio de las competencias de ejecución arranca a partir del conocimiento de los datos suministrados por los ciudadanos.

europeo, que deriva de la Directiva 89/391/CEE, mediante la homogeneización de los modelos de impresos, con inclusión de los datos necesarios para la consecución de la pretendida armonización. Asimismo, “teniendo en cuenta la apuesta por la modernización de las relaciones de los ciudadanos con las Administraciones Públicas a través de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (...) parece oportuno extender a las notificaciones de los partes de accidentes de trabajo la posibilidad de su transmisión por estos medios mediante la aplicación informática que (...) es asimismo aprobada por la presente Orden”, esto es, el sistema de declaración electrónica de accidentes de trabajo (Delt@). Por su parte, la resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de noviembre de 2002, en desarrollo de lo anterior, regula las reglas de utilización de la citada aplicación informática.

Aquí solamente vamos a ocuparnos de los aspectos de Seguridad Social, no de los laborales [vid. F.J. 4. b) b)], en la medida en que “Resulta asimismo concernido en esta regulación el ámbito competencial relativo a la Seguridad Social, pues la comunicación de los accidentes de trabajo sirve al objetivo de constatar la producción del hecho causante de una de las contingencias objeto de aseguramiento por el sistema de Seguridad Social y, en cuanto tal, está directamente ligada al desenvolvimiento de la acción prestacional del sistema. En este sentido, la obligación de comunicación de los accidentes de trabajo que corresponde a las entidades gestoras y colaboradoras, constituye asimismo un aspecto que se inserta en el ámbito de las funciones de ejecución de la legislación del Estado en materia de Seguridad Social, y así se pone de relieve en la ya citada Ley de infracciones y sanciones en el orden social, en cuyos arts. 27.3 y 28.4 se prevé como infracción de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no remitir al organismo competente, dentro del plazo y debidamente cumplimentados, los partes de accidente de trabajo.

Pues bien. “En materia de Seguridad Social, corresponde al Estado la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CC.AA”, y a la C.A. de Cataluña, en virtud de lo dispuesto en el art. 165 de su Estatuto de Autonomía, la competencia compartida, respetando los principios de unidad económico-patrimonial y solidaridad financiera de la Seguridad Social. Dicha competencia incluye: el desarrollo y la ejecución de la legislación estatal, excepto las normas que configuran el régimen económico [párrafo a)], la coordinación de las actividades de prevención de riesgos laborales que desarrollen en Cataluña las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [párrafo d)] y la coordinación de las actuaciones del sistema sanitario vinculadas a las prestaciones de la Seguridad Social [párrafo f)]. En este caso, la actividad de comunicación de los accidentes de trabajo, en cuanto actividad instrumental, ajena al régimen económico o de gestión de la caja única de la Seguridad Social, se inserta en el ámbito de

las competencias autonómicas de ejecución de la legislación de Seguridad Social, pues “correspondiendo al Estado el control de dicha caja única, ese control supone la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta solo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con el cumplimiento de los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la C.A”. (STC 195/1996, F.J. 7). Incluso, en el supuesto que nos ocupa la competencia en materia de estadística tiene un carácter instrumental y complementario respecto del cumplimiento de las finalidades sustantivas de índole laboral y de Seguridad Social a las que sirve la notificación de los accidentes de trabajo, que son las preponderantes en este caso.

Por tanto (como acabará señalando el F.J. 5º), a la vista de lo expuesto, y en lo que atañe a la delimitación del título competencial aplicable, podemos afirmar que los títulos competenciales concernidos esencialmente son los relativos a las materias laboral y de Seguridad Social. No obstante, la concurrencia de ambos títulos no exige —en el supuesto que se examina— la determinación de un criterio de “prevalencia”, pues la actividad concernida sirve al cumplimiento de ambas finalidades. La notificación de los accidentes laborales constituye, como se ha dicho, una actividad de naturaleza instrumental que se inserta en el ámbito de las competencias de ejecución que, en materia laboral y en determinados aspectos en materia de Seguridad Social, corresponden a Cataluña.

El Estado (F.J. 6º) puede determinar los datos esenciales que deben constar en los impresos con objeto de garantizar la homogeneidad de los mismos en el ámbito nacional y su armonización con las normas del derecho comunitario europeo, pero su competencia legislativa no alcanza a la imposición cerrada de un único modelo de impreso para la totalidad del territorio, pues dicha facultad, así como la relativa a la recepción de las comunicaciones pertenece al ámbito de las competencias de ejecución que corresponden a la C.A. de Cataluña. Y es que la necesidad de armonizar los datos relativos a los accidentes de trabajo, de conformidad con la normativa europea, no puede servir para que el Estado se reserve la facultad de establecer los modelos de impresos, ya que no cabe olvidar que, como es doctrina reiterada de este Tribunal, los criterios constitucionales de reparto competencial no resultan alterados ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias (STC 1/2012, F.J. 9), y que “el hecho de que una competencia suponga ejecución del Derecho comunitario no prejuzga cuál sea la instancia territorial a la que corresponda su ejercicio, porque ni la CE ni los Estatutos de Autonomía prevén una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario. Así pues, la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho

comunitario, bien en el plano normativo, bien en el puramente aplicativo, se ha de dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA en las materias afectadas (STC 236/1991, F.J. 9)” (STC 33/2005, F.J. 3). En definitiva, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno (STC 148/1998, F.J. 4).

En todo caso, lo que sí recae sobre la C.A. es “el deber de facilitar al Estado los datos, documentos e informaciones precisas para que pueda cumplir las obligaciones que le impone el Derecho derivado europeo” (STC 79/1992, F.J. 5) así como para el ejercicio de las demás facultades que le correspondan en este ámbito.

En lo que respecta al soporte informático para la transmisión de los datos a la Administración estatal, que se concreta a la aprobación del programa informático Delt@ (art. 3 de la Orden TAS/2926) y a la regulación de su utilización, que se lleva a cabo por la resolución de 26 de noviembre de 2002, baste decir que, reconocida la competencia autonómica para recibir la comunicación de los accidentes de trabajo, le corresponde a la C.A. determinar el procedimiento informático propio para la transmisión electrónica de la misma. En este sentido, en el ámbito de Cataluña la comunicación de los datos relativos a los accidentes de trabajo se encuentra regulada por la Orden TRI/10/2004, de 26 de enero, por la que se aprueba el procedimiento de notificación electrónica de los accidentes de trabajo, disposición que se configura como norma aplicativa de la Orden TAS/2926/2002, y regula el registro telemático de las notificaciones de accidentes de trabajo, disponiendo que el único registro telemático habilitado es el registro telemático de la Administración abierta de Cataluña (art. 3). En cambio, forma parte de la competencia estatal la determinación del procedimiento electrónico común para la transmisión de dicha comunicación por las diferentes Administraciones autonómicas a los órganos estatales competentes, ya que ello constituye manifestación de una competencia estatal de coordinación general que “persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente, la realidad misma del sistema” (STC 32/1983, F.J. 2).

Cabe afirmar, en conclusión, que las competencias que corresponden al Estado en materia de “legislación básica de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), habilitan a éste para regular la obligación de comunicación a los órganos estatales de cuanta información precisen en relación a los accidentes de trabajo, para determinar los órganos estatales que hayan de ser destinatarios de dicha información, para establecer los requisitos mínimos necesarios para garantizar la homogeneidad y ar-

monización del contenido de los modelos de documentos en que dicha información haya de suministrarse, y para regular el soporte informático —y correspondiente contenido— que permita la agregación uniforme de la información proveniente de las diferentes Administraciones y entidades competentes y las condiciones para su utilización. En cambio, excede de la mencionada competencia estatal la imposición con carácter cerrado de los modelos de impresos o de la aplicación informática que hayan de utilizarse por los obligados a notificar a la autoridad laboral autonómica los accidentes de trabajo, y el establecimiento de la obligación de remisión directa a los órganos centrales del Estado de las informaciones y documentos relativos a dicha notificación. Por lo que el F.J. 7 concluirá, entre otros extremos, que “(...) sí lesiona las competencias autonómicas el establecimiento de los modelos de parte de accidente de trabajo y de relación de accidentes de trabajo ocurridos a cumplimentar por los empresarios (y, en su caso, trabajadores por cuenta propia o autónomos) que van destinados a la autoridad laboral, por intermedio de las entidades gestoras o colaboradoras, así como el modelo referido a la relación de altas o fallecimientos de accidentados que dichas entidades deben dirigir a la autoridad laboral autonómica”.

A todo lo anterior se agregan en el art. 149.3²⁰ estas tres cuestiones:

1º) que las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las CC.AA, en virtud de sus respectivos Estatutos.

Pues bien, según el TC²¹ (F.J. 3), en materia de Montepíos o de Mutualidades de Previsión Social, este bloque de problemas encuentra respuesta en la doctrina jurisprudencial contenida en la mencionada STC 86/1989 al elucidar las reglas de deslinde competencial con carácter general y, especialmente, al analizar desde la perspectiva competencial el art. 39.2 de la Ley 33/1984, artículo que afirma que en cuanto a los montepíos o mutualidades de previsión social no integrados en la Seguridad Social y respecto de las CC.AA que hayan asumido en sus Estatutos competencia exclusiva, corresponderá a estas “dictar normas para su regulación respetando las bases de ordenación de la actividad aseguradora, y ejercer las facultades administrativas correspondientes”. El precepto fue considerado conforme a la Constitución. Se mantuvo entonces, sustancialmente, lo siguiente. “La competencia exclusiva sobre mutualismo que recogen los Estatutos de Autonomía Vasco y Catalán no puede ser interpretada literalmente, por el contrario, ha de tenerse en cuenta los límites a la competencia

²⁰ *Vid.* la citada STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre, que en F.J. 7ª nos recuerda que “(...) tal cláusula residual o supletoria allí contenida sólo entra en juego cuando el objeto normativo en litigio no pueda situarse en ningún título material, utilizando los métodos de interpretación jurídica ordinarios (STC 123/1984, F.J. 2ª)”.

²¹ STC (Pleno) 220/1992, de 11 de diciembre.

que resultan del marco constitucional y, en concreto, la competencia estatal ex artículo 149.1.11 de la Constitución para la ordenación de seguros, puestos que “en cuanto las mutualidades realicen o lleven a cabo actividades como la aseguradora serán aplicables a esa actividad las bases de ordenación que el Estado haya establecido dentro de los límites de su competencia” (F.J. 7º); sin perjuicio de que las normas básicas estatales sobre la actividad aseguradora hayan de respetar las peculiaridades del mutualismo de previsión social, y además, sin que puedan afectar “al régimen jurídico estructural y funcional de tales mutualidades que queda (en virtud de la asunción de competencia exclusiva) dentro del ámbito competencial de las CC.AA”.

Esto sentado, la función de establecer normas básicas —se dijo en la citada STC 86/1989— corresponde a las Cortes Generales pero, en determinados supuestos, también a la potestad reglamentaria, dada la naturaleza de lo que es sin duda una operación técnicamente compleja, aunque lógicamente esa labor gubernamental sea revisable por este Tribunal en lo que atañe a su dimensión competencial (F.J. 2º). Y en esta tarea de control puede ser empleado como criterio orientador la adecuación entre los objetivos básicos perseguidos y las normas efectivamente establecidas. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 33/1984, de Ordenación de los Seguros Privados, afirma que el fin de esta normativa está en garantizar la solvencia de las entidades aseguradoras y proteger los intereses de los asegurados y beneficiarios y, a la par, mantener las características más congruentes con la finalidad de instituciones cuales son las mutualidades. Es patente que definidos los objetivos básicos en la Ley, el Reglamento ahora discutido debe respetarlos. Y no sólo existe esa limitación ya que, por otro lado, tal y como se dijo en la STC 35/1992 (F.J. 3º), existiendo una Ley que ordena la materia y que ha definido ya qué debe entenderse como básico, “no puede el Reglamento invocar tal calificación más allá de lo previsto en esa Ley previa”.

Además, como también se dijo en la STC 35/1992, el título estatal para la ordenación de los seguros concurre con otros títulos competenciales que igualmente limitan la competencia autonómica (F.J. 3º); así la legislación mercantil (art. 149.1.6 CE. en la medida “en que sea aplicable al mutualismo de previsión social”; y la competencia estatal para dictar bases y coordinar la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 C.E.)²².

²² Vid. F.J. 3º de la STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre “(...) Esta primera cuestión ha quedado ya solventada, sin embargo, por la STC 206/1997, resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad núms. 1.181/87 y 1.190/87, acumulados, promovidos contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, donde se nos recuerda que “(...) Quedó dicho entonces (F.J. 7º) que «el ámbito material más directamente implicado en los Planes de Pensiones, por su finalidad y estructura, es, por un lado, el mercantil, respecto del cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6), en cuanto se

A modo de conclusión, de la reseñada STC 86/1989 se desprenden los siguientes criterios de deslinde con relevancia para la solución de esta controversia: el Estado puede emanar bases para la ordenación de los seguros privados que incidan en las mutualidades de previsión social, pese a la persistencia de los principios propios de estas entidades (muy especialmente el principio de solidaridad y la ausencia de ánimo de lucro); pero ello es así en la medida en que estas entidades lleven a cabo una actividad aseguradora, y sin que el alcance de esas normas básicas llegue al aspecto organizativo o estructural de las mismas y, en su caso, a otras funciones, aspectos que caen dentro de la órbita de las competencias exclusivas autonómicas. En esta labor delimitadora de las bases de la actividad aseguradora, el Reglamento estatal puede completar a la Ley e imponerse como límite a la intervención normativa de las Comunidades con competencias, siempre y cuando no vaya más allá de lo previsto en la Ley previa.

De suerte que el Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Entidades de Previsión Social es un vehículo normativo idóneo para completar la fijación legal de las bases estatales para la ordenación de los seguros (art. 149.1.11 de la CE.), que se apliquen a la actividad aseguradora de las mutualidades de previsión social. Porque ya los arts 18.1, 21 y 39.3 Ley 33/1984 que el Decreto viene a complementar —y que en su día fueron declarados constitucionales por la STC 86/1989— establecían un sistema de distribución de competencias presidido por las normas básicas establecidas en el Capítulo Cuarto de dicha Ley (arts.16 a 21), pero cuya “regulación o desarrollo legislativo y reglamentario corresponderá conforme al artículo 39 al Estado o a las CC. AA. en el ejercicio de las competencias que a éstas les estén atribuidas” (art. 21); y la Disposición Final 6ª (apartado 2º) habilitaba al Gobierno para desarrollar reglamentariamente los preceptos contenidos en la Ley sobre mutualidades de

trata de regular el contenido obligacional de un contrato de esa naturaleza, y, por el otro, el de los seguros, en relación con el cual, como ocurre con el crédito y la banca, al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación (art. 149.1.11), desde la perspectiva de la intervención administrativa, con sus garantías y cautelas, en este sector económico (STC 330/1994, F.J. 2º), mientras que las CC. AA. lo son para el desarrollo legislativo y la ejecución de tales normas básicas [arts. 11.2 a) E.A.P.V. y 10.14 E.A.C.]. A ese esquema sólo escapan subsectores concretos por la concurrencia de otros títulos competenciales específicos, los cuales, por su propia especialidad, no permiten una interpretación expansiva con la inclusión, en este caso, de los Planes y Fondos de Pensiones en la noción de “mutualidades no integradas en la Seguridad Social (...)” Así pues, los títulos competenciales sobre la materia que es objeto de este conflicto son los mismos que hemos señalado en la citada STC 206/1997. Es decir, el relativo a la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (149.1.6), y los que se determinan en los apartados 11, 13 y 14 del citado art. 149.1 C. E., en los que se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y, por último, sobre Hacienda general y Deuda del Estado”.

previsión social “en el ámbito de sus competencias” y en el plazo de un año desde la publicación de la Ley. Por lo tanto, definido lo básico en una Ley formal, la misma efectuaba una habilitación y permitía un complemento reglamentario por el Estado en la medida indispensable para preservar un tratamiento uniforme (posibilidad que se ha admitido en distintas ocasiones, SSTC 57/1983, F.J. 7º; 77/1985, F.J., 182/1988, F.J. 5º, 227/1988, F.J. 32, 147/1991, F.J. 4º, etc.).

Se cumple, además, aquí el principio de preferencia de la Ley en la delimitación de lo básico, y a la vez la intervención complementaria del Reglamento en desarrollo de la Ley en esta tarea se justifica en el carácter marcadamente técnico de la actividad aseguradora, en general, y del mutualismo, en particular. Por otro lado, el propio Decreto (art. 9) concreta los preceptos del mismo que deben tener la consideración de normas básicas, evitando un ámbito de inseguridad y confusión incompatible con un sistema de distribución de competencias, según exigió, entre otras, la STC 182/1988 (F.J. 5º). Nada puede reprocharse en este supuesto, prima facie, a la previsión de normas básicas de forma complementaria por un Reglamento estatal en desarrollo de Ley y dotado de la conveniente habilitación.

En cambio, los arts. 15 y 16 por su contenido organizativo deben quedar en el seno de la competencia exclusiva autonómica sobre mutualismo. En efecto, el art. 15 está referido al acuerdo de fundación y en él se prevén los requisitos con que habrán de adoptarse tales acuerdos para la constitución de las Mutualidades de Previsión Social, lo relativo a sus Estatutos y a las aportaciones de los socios y entidades o personas protectoras; y en el art. 16 la necesidad de formalizar el acuerdo de fundación en escritura pública y lo concerniente a la solicitud y requisitos temporales y de procedimiento para obtener la correspondiente autorización administrativa. Cuestiones todas ellas que por referirse a cuestiones internas y organizativas de las mutualidades son de la competencia de las CC.AA. del País Vasco y de Cataluña en virtud de la competencia exclusiva que tienen atribuida en sus Estatutos (art. 10.23 del Estatuto del País Vasco y 9.21 del Estatuto de Autonomía de Cataluña). A este respecto ha de recordarse nuevamente lo declarado en la STC 86/1989 (FF.JJ. 7 y 19) en el sentido de que las normas básicas no pueden afectar al régimen jurídico estructural y funcionamientos de las mutualidades que queda dentro del ámbito competencial de las CC.AA., ya que de no ser así sería inútil la competencia exclusiva que tienen atribuida acerca del mutualismo en cuanto sector específico.

2º) Que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las CC.AA. en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas y

3º) Que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las CC.AA.

Cabe recordar aquí el muy controvertido art.150, que en su número 3 vino a disponer que: El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CC.AA, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.

Como apunta la ya citada STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre "(...) En la medida en que el Estado considere que concurre un interés general, éste no puede ser empleado como instrumento para limitar las competencias de la C. A. y debe ser determinado, en su caso, mediante Leyes de Armonización, conforme a lo previsto en el art. 150.3 de la C.E. De cualquier modo, no es posible deducir la existencia de un interés de esta naturaleza, y con significación limitativa de las competencias comunitarias, de normas que carecen de virtualidad para modificar el cuadro de distribución de competencias dibujado por la C.E. y el Estatuto de Autonomía"²³.

La Ley 12/1983, de 14 de octubre del Proceso Autonómico, fue impugnada mediante el desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad, y la STC 76/1983, de 5 de agosto, solamente declaró inconstitucional una parte de dicha Ley, por negar el Alto Tribunal la posibilidad de leyes interpretativas de la CE., aparte de decir que esta Ley ni podía ser una Ley Orgánica por oponerse al art. 81 CE), ni una Ley de Armonización. O sea, que el legislador estatal dispone de otros medios y no necesita acudir a la llamada técnica de armonización

²³ En su F.J. 8, aclara esta trascendente STC lo siguiente: "(...) Queda pronunciarse sobre otra cuestión: La eventual necesidad de que, si, por apreciar la concurrencia de un interés general, el Estado ha de recurrir a la vía prevista en el art. 150.3 de la Constitución, según la cual es posible «dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las CC.AA, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general». Aunque esta no sea la sede adecuada para hacer un pronunciamiento de la índole del solicitado en el pedimento cuarto de la demanda, aún puede concluirse que no es posible compartir la tesis de la Junta de Galicia; en primer lugar, porque esta posibilidad opera como elemento armonizador de las previsiones normativas de las CC.AA, y en este caso no se trataba de armonizar norma alguna; pero es que, además, esta «norma de cierre del sistema» ha venido a «complementar, no a suplantarse, las demás previsiones constitucionales» (STC 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 3.º b), y no es cauce a emplear cuando el Estado tiene competencias en la materia que le permiten cumplir sus fines como en este caso hubiera podido suceder, pues no se ha utilizado ninguna de las posibles técnicas de coordinación".

Ya en materia económica —que sale a colación continuamente en las múltiples sentencias del Tribunal Constitucional— el art. 157²⁴ señala que sus recursos provendrán de:

- a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
- b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.

²⁴ Vid. STS 239/2002 (F.J. 9), cuando concluye diciendo que “(...) Importa hacer constar que las CC.AA disponen de autonomía financiera para poder elegir sus “objetivos políticos, administrativos, sociales y económicos” (STC 13/1992, F.J. 7), lo que les permite “ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las competencias propias, en especial las que figuran como exclusivas” (STC 201/1998, FJ 4), pues dicha autonomía financiera “no entraña sólo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público, sino también para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias” (STC 127/1999, FJ 8, con cita de la STC 13/1992). Es decir, la C.A. de Andalucía puede libremente, en virtud de su competencia exclusiva en materia de “asistencia social” y de su autonomía financiera (art. 54 EAAnd), dedicar fondos de su presupuesto a la finalidad de mejorar la situación de estos pensionistas y, al hacerlo, realiza una opción, entre otras posibles que se pudieran proyectar sobre los distintos ámbitos de su competencia, que está en consonancia con el principio de autonomía política inscrito en el art. 2 CE. No obstante resta por hacer una precisión. El análisis que hemos realizado se ha enderezado, exclusivamente, conforme al canon de enjuiciamiento expuesto en el F.J. 6, a apreciar que los auxilios andaluces controvertidos en este caso, por su específica naturaleza, no constituyen prestaciones propias del sistema de la Seguridad Social, sin que pueda excluirse que se incardinan también en la materia de “asistencia social” otras prestaciones asistenciales de naturaleza o alcance diferente a las examinadas, pues lo relevante para realizar tal encuadramiento es que dichas prestaciones respondan a técnicas de protección que no menoscaben o perturben el sistema de la Seguridad Social.

En el F.J. 3 de la STC (Pleno) 226/2012, de 29 de noviembre, se nos recuerda que en “(...) la STC 13/1992 este Tribunal estableció un esquema de delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA en cuanto al ejercicio de la potestad subvencional de gasto público, resumido en cuatro supuestos generales que, pese al carácter abierto del esquema en el que se insertan, continúan siendo referente constante de nuestra doctrina posterior y de las alegaciones de las partes en los procesos de constitucionalidad. Dichos supuestos generales concilian la distribución competencial existente en cada materia entre el Estado y las CC.AA, por un lado, con la reconocida potestad subvencional de gasto público que ostenta el Estado, por otro. Así, la regla general sobre el ejercicio de la potestad subvencional de gasto público del Estado en aquellas materias en las que las CC.AA tienen competencia exclusiva y el Estado carece de título competencial alguno, tanto genérico como específico, indica que la intervención estatal debe limitarse a “decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores (...) de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad”, y que “esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las CC.AA, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado” [STC 13/1992, FJ 8 a].”

- c) Transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
- d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.
- e) El producto de las operaciones de crédito.

A tal efecto, previene seguidamente el art. 158 CE que²⁵.

1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las CC.AA en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español²⁶.

²⁵ Vid. la ya citada STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre (F.J. 3) apunta con nitidez absoluta que "(...) debe descartarse que la facultad de gasto público, consecuencia lógica de la autonomía financiera, sea, además, un título legitimador de la atribución. Ya ha repetido este Tribunal, refiriéndose a una frecuente manifestación de esta facultad de gasto las subvenciones, pero con una doctrina que puede generalizarse, que el hecho de invertir fondos propios en una determinada actividad no es un título competencial propio, ni el sólo hecho de financiar puede erigirse en núcleo «que atraiga hacia sí toda competencia» sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la actividad de financiación (SSTC 144/1985, F.J. 4.º; 179/1985, F.J.). La sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas que lo siguen siendo, a pesar de la financiación, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional, y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general), ha reservado a otros entes territoriales. En consecuencia, esto significa que la persecución del interés general se ha de materializar «a través de», no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, pues sólo así podrá coordinarse con el conjunto de peculiaridades propias de un Estado de estructura plural.

Así pues, la promoción de igualdad sustancial puede justificar el empleo a este fin de fondos públicos estatales y no por una abstracta facultad de gasto público, pero no está resuelta la forma en que esos fondos han de ser utilizados, precisamente ahí reside la insuficiencia básica de los argumentos de la representación del Gobierno.

²⁶ De todos modos no está de más reparar en lo que nos dice la citada STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero (...), en la que se advierte que (F. J. 7º) "(...) si por el origen de los fondos se pudiera condicionar el destino que se haya de dar a los mismos, se privaría a las CC.AA de una potestad decisoria fundamental, sin la que no cabe hablar de autonomía. De ahí la trascendencia que cobra la proliferación e incremento de las subvenciones estatales de fomento que, por su volumen creciente y asignación a ámbitos materiales o sectoriales cuya competencia ha sido asumida exclusivamente por las CC.AA, pueden convertirse en un peculiar mecanismo de financiación condicionada de las CC.AA, constriñendo la libertad de sus órganos de gobierno en cuanto a la fijación del destino y orientación del gasto público así como para la cuantificación y distribución del mismo dentro del marco de sus competencias (...) Pues no es imposible que, al amparo de dicho poder de gasto, los órganos de la Administración central del Estado traten de atraer para sí o recuperar competencias normativas o de ejecución en los sectores subvencionados y que, en principio, han quedado íntegramente descentralizados en favor de las CC.AA. De suerte

que, a través de esta vía indirecta de las ayudas económicas que figuran en los Presupuestos Generales del Estado, las competencias autonómicas exclusivas pasen a redefinirse o convertirse de facto en competencias compartidas con el Estado, con la consiguiente e inevitable restricción de la autonomía política de las CC.AA. Técnica que, según doctrina reiterada de este Tribunal, resulta constitucionalmente inaceptable (...), el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su Presupuesto en la acción social o económica. Pero admitido esto, constatación del señorío del Estado sobre su Presupuesto esencia misma del Poder financiero (la capacidad de decisión sobre el empleo de sus propios recursos), tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto el Estado debe respetar el orden competencial.

Es evidente que en el sistema español de distribución territorial del poder, el Estado puede asignar sus recursos a cualquier finalidad lícita y que la definición de esta finalidad en la Ley de Presupuestos condiciona necesariamente la libertad de acción de aquellas instancias que hayan de utilizar esos recursos. Si estas instancias son exclusivamente estatales por ser también de competencia exclusiva del Estado la "materia" o sector de actividad pública, no se plantea ningún problema en cuanto a la delimitación competencial entre el Estado y las CC.AA. Cuando, por el contrario, tal materia o sector corresponden en uno u otro grado a las CC.AA., las medidas que hayan de adoptarse para conseguir la finalidad a la que se destinan los recursos deberán respetar el orden constitucional y estatutario de las competencias, sin imponer a la autonomía política de las CC.AA. otros condicionamientos que aquellos que resultan de la definición del fin o del uso que el Estado pueda hacer de otras competencias propias, genéricas o específicas.

Como dirá el F.J. 9º "(...) En todo caso, lo que no resulta ajustado a esos principios y reglas es la consignación centralizada de los fondos que deben gestionar las CC.AA. a favor de un Organismo dependiente de la propia Administración del Estado cuyos servicios ya han sido transferidos a las CC.AA., salvo que por las razones o circunstancias ya señaladas por la doctrina de este Tribunal expuesta anteriormente, dicha centralización resulte justificada. En tales casos puede afirmarse que esa técnica de Presupuestación del gasto vulnera el orden de competencias y los principios de autonomía y de eficacia administrativa, además de suponer un obstáculo injustificado para el correcto funcionamiento del sistema de financiación de las CC.AA.

¿En que consiste el posible convenio programa?: Otra cosa será si tanto el Estado como las CC.AA. ostentan competencias concurrentes o compartidas sobre la materia a la que las subvenciones se refieran, de manera que el Estado pueda, en alguna medida, especificar con más detalle el destino y fijar las condiciones del otorgamiento de las subvenciones, correspondiendo a las CC.AA. su gestión. En tales casos puede el Estado establecer sus condiciones, hasta donde alcance su competencia material, en vez de por una norma de obligado cumplimiento, mediante un Convenio-Programa, supeditando la transferencia de los fondos a las CC.AA. a la firma del Convenio correspondiente.

Vid. asimismo STC (S. Segunda) 173/2012, de 15 de octubre, resolviendo conflicto positivo de competencia promovido por el Letrado de la Xunta de Galicia, en representación de su Gobierno, contra la Orden TAS/421/2008, de 19 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones sometidas al régimen general de subvenciones de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, donde de nuevo se nos recuerda que..." Teniendo en cuenta nuestra reiterada doctrina, según la cual "el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado" (STC 13/1992, de 6 de febrero, F.J. 4, con remisión a otras),

hay que señalar que en esta misma STC 13/1992, FJ 8, determinamos que, según sea el reparto constitucional de competencias en la materia de que se trate, las subvenciones estatales que se establezcan deben reconducirse a algunos de los cuatro supuestos generales que allí se describen, con las consecuencias en el reparto competencial que también allí se expresan. Pues bien, puesto que estamos ante subvenciones propias de la materia “asistencia social”, las mismas sólo pueden reconducirse a los supuestos primero o cuarto. Veamos las características de ambos supuestos y apreciemos en cuál de ellos deben inscribirse estas subvenciones.

a) Según la STC 13/1992, F.J. 8, “[u]n primer supuesto se produce cuando la C.A. ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. El Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las CC.AA, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado”. *Es obvio que, como señalamos en la STC 178/2011, FJ 5, en un supuesto similar al presente, las subvenciones, reguladas en la orden impugnada podrían incluirse, en principio, en este supuesto, pues la representación estatal no sustenta la competencia estatal en ningún título competencial genérico o específico —la supraterritorialidad que aduce no es un título competencial— y la “asistencia social” es competencia exclusiva de la Xunta de Galicia.*

La competencia ex art 149.1.1 C.E. no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias.”

Tras ello, y con carácter general, tenemos declarado que este título competencial “no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. Es decir, con la finalidad de establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Así lo entendimos en la STC 148/2012, de 5 de julio, FJ 4, cuando afirmamos que, amparado sólo en este título competencial (el art. 149.1.1 CE), “el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde, con el límite de tales condiciones básicas de dominio estatal, al poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias [STC 61/1997, FJ 7 b)]”. Por tanto, debemos excluir la suficiencia del título competencial invocado por la orden controvertida.

b) las subvenciones estatales “sólo es posible [que queden incluidas en dicho supuesto cuarto] cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia” y, como ya hemos advertido, sobre la materia “asistencia social” el Estado carece de título competencial alguno, circunstancia ésta que el Abogado del Estado implícitamente asume, no aduciendo tampoco la representación estatal ningún otro título de los relacionados en el art. 149.1 CE que pudiera concurrir con el título habilitante autonómico y permitir, así, la legitimidad de la intervención del Estado con amparo en este supuesto cuarto. Sin embargo, como afirmamos en

la STC 178/2011, FJ 5, el Estado puede intervenir legítimamente en la materia “asistencia social”, aún sin título propio específico o genérico, a través de políticas subvencionales, pero habrá de hacerlo mediante el sistema del primer supuesto previsto en el F.J. 8 de la STC 13/1992, que permite que “el Estado pued[a], desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a estas materias o sectores” en los que “no invoca título competencial alguno”. Esta posibilidad de intervención subvencional estatal (STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 3), no obstante, queda sometida a límites, según indicamos en el propio primer supuesto que estamos glosando. Límites consistentes, de un lado, en que “la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad” —requisito que satisface la orden impugnada al prever en su art. 1 que el objeto de estas subvenciones se dirige a favorecer la inclusión y a apoyar el movimiento asociativo y fundacional de personas con discapacidad, familias, infancia, pueblo gitano y voluntariado, y de aquellas otras que, en definitiva, se dirijan al fortalecimiento del tercer sector de acción social—; y, de otro, que los fondos subvencionales “han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica ... de manera que la asignación de fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos presupuestos generales del Estado” condición que no respeta la orden impugnada al regular la tramitación centralizada de los fondos subvencionales del Estado.

Es asimismo relevante, como complemento de lo anterior, atender a nuestra doctrina sobre el “instrumento técnico jurídico mediante el cual haya de llevarse a cabo dicha territorialización [de los fondos subvencionales del Estado] en aquellos casos en que su gestión corresponda a las CC.AA”, cuestión que fue tratada con amplitud en el F.J. 9 de la STC 13/1992, al plantearse “si esa territorialización ha de llevarse a cabo dentro de los propios presupuestos generales del Estado (...) o bien (...) en un momento posterior”.

Al respecto, manifestamos que “puede estimarse preferible ciertamente —por ser más acorde y respetuoso con la autonomía política y financiera de las CC.AA que la Constitución reconoce y garantiza— que en los presupuestos generales del Estado esos fondos aparezcan ya como transferencias corrientes o de capital a las CC.AA, en las correspondientes secciones, servicios y programas de los presupuestos”. Pero a continuación matizamos que “incluso si tales partidas no figuran como transferencias a las CC.AA con fijación de su destino final, sino que aparecen directamente como transferencias a sus destinatarios últimos (familias, instituciones sin fines de lucro, empresas, asociaciones, etc.), de ello no se sigue necesariamente la inconstitucionalidad de las mismas, siempre que por normas inmediatamente posteriores o por convenio ajustado a los principios constitucionales y reglas de distribución de competencias, los fondos en cuestión se distribuyan efectivamente entre las CC.AA competentes para gestionarlos” (STC 13/1992, FJ 9).

Y ya, el F.J. 6º de esta STC, se decide claramente por en tender que “(...). De acuerdo con cuanto se ha expuesto hasta aquí, debemos rechazar que estemos ante una reivindicación competencial de carácter preventivo o hipotético, pues es claro que, de acuerdo con nuestra doctrina, los fondos de estas subvenciones deberían haberse territorializado en los propios presupuestos generales del Estado o, en su defecto, “por normas inmediatamente posteriores o por convenio”. Por tanto, al no haberse hecho por convenio, la territorialización de estas ayudas debería haberse realizado a través de la propia orden impugnada, la cual, por el contrario, no sólo defiende la convocatoria de las ayudas a posteriores resoluciones de desarrollo, sino que impide la territorialización de aquéllas al imponer la centralización de todo el procedimiento de gestión. En definitiva, la orden impugnada desconoce las competencias autonómicas, pudiendo apreciarse, incluso, que incumple el art. 17.1 de la Ley 38/2003, general de subvenciones, norma ésta que —aunque no es parámetro de constitucionalidad— determina que las bases reguladoras de la subvención, entre las que sin duda han de figurar las características de los

programas a financiar, se aprueben por orden ministerial. Por todo lo expuesto, hemos de rechazar que estemos ante un conflicto de carácter preventivo.

Y en su F.J., 7º ya resolverá estas dos cosas admitida la existencia de vindictio potestatis, considerando incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso—, mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que “las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las CC.AA competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, de 5 de abril, F.J. 8, con cita de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, F.J. 32)” (STC 188/2001, de 20 de septiembre).

Vid. igualmente la citada STC (S. Segunda) 177/2012, de 15 de octubre, la cual apunta los siguientes extremos de interés, reiterando algunos de los ya conocidos:

1º) Teniendo en cuenta nuestra reiterada doctrina, según la cual “el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado” (STC 13/1992, F.J. 4, con remisión a otras), hay que señalar que en esta misma STC 13/1992, FJ 8, determinamos que, según sea el reparto constitucional de competencias en la materia de que se trate, las subvenciones estatales que se establezcan deben reconducirse a algunos de los cuatro supuestos generales que allí se describen, con las consecuencias en el reparto competencial que también allí se expresan.

2º) Que estamos ante subvenciones propias de la materia “asistencia social”, las mismas sólo pueden reconducirse a los supuestos primero o cuarto. Veamos las características de ambos supuestos y apreciamos en cuál de ellos deben inscribirse estas subvenciones.

a) Según la STC 13/1992, F.J. 8, “[u]n primer supuesto se produce cuando la C.A. ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. El Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como Transferencias Corrientes o de Capital a las CC.AA, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado”. Es obvio que, como señalamos en la STC 178/2011, F.J. 5, en un supuesto similar al presente, las subvenciones, reguladas en la orden impugnada podrían incluirse, en principio, en este supuesto, pues la representación estatal no sustenta la competencia estatal en ningún título competencial genérico o específico con validez aplicable al caso —la supraterritorialidad que aduce no es un título competencial— y la “asistencia social” es competencia exclusiva de la C.A. de Cataluña. El hecho de que en el preámbulo de la orden sometida a conflicto se invoque expresamente como título competencial habilitante para el Estado el contemplado en el art. 149.1.1 CE, conectándolo con los arts. 1.1 y 9.2 CE, no enerva la anterior conclusión, pues la invocación meramente formal de un título competencial no puede bastar para desplazar la operatividad de este primer supuesto. Antes bien, una interpretación sistemática de los supuestos contemplados en la STC 13/1992 nos lleva a entender que el título estatal invocado de manera formal debe existir

también materialmente pues, de lo contrario, se correría el riesgo de vaciar de contenido este primer supuesto en aquellos casos en los que el Estado invocase indebidamente un título competencial. Ello nos obliga a pronunciarnos sobre la suficiencia, en el presente caso, del referido título competencial invocado por la orden sometida a conflicto.

- b) En la temprana STC 61/1997, de 20 de marzo, señalamos (F.J. 7), que el art. 149.1.1 CE, “no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las CC.AA, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho... no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art 149.1.1 CE. no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.
- c) Tras ello, y con carácter general, tenemos declarado que este título competencial “no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento”. Es decir, con la finalidad del establecer las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, el Estado no puede pretender alterar el sistema de reparto competencial. Así lo entendimos en la STC 148/2012, de 5 de julio, F.J. 4, cuando afirmamos que, amparado sólo en este título competencial (el art. 149.1.1 CE), “el legislador estatal no puede establecer el régimen jurídico completo de la materia, regulación acabada que corresponde, con el límite de tales condiciones básicas de dominio estatal, al poder público que corresponda según el sistema constitucional de distribución de competencias [STC 61/1997, F.J. 7 b)]”. Por tanto, debemos excluir la suficiencia del título competencial invocado por la orden controvertida.
- d) “El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las CC.AA competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u organismo de ésta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los presupuestos generales del Estado. Pero ello sólo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate” (STC 13/1992, F.J. 8; en concordancia con lo señalado, entre otras resoluciones, en la STC 95/1986, de 10 de julio, F.J. 5).
- e) Pues bien, aunque los programas asistenciales no se concreten hasta que se publiquen las resoluciones administrativas que realicen las convocatorias, es lo cierto que las subvenciones correspondientes a dichos programas no pueden subsumirse y encontrar su

cobertura en el supuesto cuarto [apartado d) del transcrito F.J. 8 de la STC 13/1992]. En efecto, según la doctrina que ha quedado reproducida, las subvenciones estatales “sólo es posible [que queden incluidas en dicho supuesto cuarto] cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia” y, como ya hemos advertido, sobre la materia “asistencia social” el Estado carece de título competencial alguno.

Sin embargo, como afirmamos en la STC 178/2011, F.J. 5, el Estado puede intervenir legítimamente en la materia “asistencia social”, aun sin título propio específico o genérico, a través de políticas subvencionales, pero habrá de hacerlo mediante el sistema del primer supuesto previsto en el F.J. 8 de la STC 13/1992, que permite que “el Estado pued[a], desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a estas materias o sectores” en los que “no invoca título competencial alguno”. Esta posibilidad de intervención subvencional estatal (STC 146/1986, de 25 de noviembre, F.J. 3), no obstante, queda sometida a límites, según indicamos en el propio primer supuesto que estamos glosando. Límites consistentes, de un lado, en que “la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad” —requisito que satisface la orden impugnada al prever en su art. 1 que el objeto de estas subvenciones se dirige a apoyar el movimiento asociativo y fundacional de las personas y los colectivos que se encuentran en situación o en riesgo de exclusión social, las personas con discapacidad, familias, infancia, pueblo gitano y voluntariado, y de aquellas otras que, en definitiva, se dirijan al fortalecimiento del tercer sector de acción social—; y, de otro, que los fondos subvencionales “han de integrarse como un recurso que nutre la hacienda autonómica (...) de manera que la asignación de fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos presupuestos generales del Estado”; condición ésta que no respeta la orden impugnada al regular la tramitación centralizada de los fondos subvencionales del Estado.

En resumidas cuentas vendrá a decirnos que “(...) De acuerdo con cuanto se ha expuesto hasta aquí, debemos rechazar que estemos ante una reivindicación competencial de carácter preventivo o hipotético, pues es claro que, de acuerdo con nuestra doctrina, los fondos de estas subvenciones deberían haberse territorializado en los propios presupuestos generales del Estado o, en su defecto, por normas inmediatamente posteriores o por convenio. Por tanto, al no haberse hecho por convenio la territorialización de estas ayudas, debería haberse realizado a través de la propia orden impugnada, la cual, por el contrario, no sólo defiere la convocatoria de las ayudas a posteriores resoluciones de desarrollo, sino que impide la territorialización de aquéllas al imponer la centralización de todo el procedimiento de gestión. Por todo lo expuesto, hemos de rechazar que estemos ante un conflicto de carácter preventivo.

Por todo lo anterior se nos dirá en el F.J. 7, que “(...) Admitida la existencia de vindictio potestatis-se aborda el examen del articulado de la orden impugnada a partir de los criterios contenidos en el F.J. 8 a) de la STC 13/1992. Por tanto, consideraremos incluida en la esfera de la competencia estatal la regulación de los aspectos centrales del régimen subvencional —objeto y finalidad de las ayudas, modalidad técnica de las mismas, beneficiarios y requisitos esenciales de acceso—, mientras que situaremos dentro de la competencia autonómica lo atinente a su gestión, esto es, la tramitación, resolución y pago de las subvenciones, así como la regulación del procedimiento correspondiente a todos estos aspectos, ya que es doctrina reiterada de este Tribunal que “las normas procedimentales *ratione materiae* deben ser dictadas por las CC.AA competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común (por todas, STC 98/2001, de 5 de abril, F.J. 8, con cita de la STC 227/1998, de 26 de noviembre, F.J. 32)” (STC 188/2001, de 20 de septiembre).

Vid. en esta misma línea la ya citada varias veces STC (Pleno) 226/2012, de 29 de noviembre FF.JJ 3 y 4.

2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las CC.AA y provincias, en su caso.

3. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Visto lo visto procede ahora ver qué ha pasado desde que se fueron constituyendo las 17 CC.AA²⁷. De entrada hay que señalar que resulta difícil hacer una categorización o sistematización del contenido de los distintos Estatutos de Autonomía en la materia que nos ocupa. Esta dificultad deriva de que son numerosas las referencias de estos textos a materias relacionadas, en mayor o menor grado con la Seguridad

²⁷ Vid. F.J. 2º de la STC (Pleno) 31/2010, de 28 de junio, resolviendo recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuando apunta con meridiana claridad "(...) Que los Estatutos de Autonomía, como cualesquiera otras normas del Ordenamiento español, tienen su F.J. en la CE es cuestión tan elemental y de principio que no admite discusión. Ni la discuten quienes son parte en este proceso ni, en particular, la cuestiona el Estatuto impugnado, cuya integración en el Ordenamiento se ha verificado estrictamente por los cauces preceptuados en la Constitución misma, proclamando en su art. 1 que "Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en C.A. de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica". Declaración que, en términos constitucionalmente impecables, predica de Cataluña cuantos atributos la constituyen en parte integrante del Estado fundado en la Constitución: una nacionalidad constituida como C.A. y cuya norma institucional básica es su propio Estatuto de Autonomía. Conceptos y categorías, por tanto, de cuño rigurosamente constitucional en tanto que creados y definidos por el Derecho positivizado en la CE.

Vid. en esta misma línea la citada STC (Pleno) 226/2012, de 29 de noviembre, cuyo F.J. 3º aclara que "(...) como hemos tenido la oportunidad de reiterar, la competencia de la C.A. "no impide el ejercicio de las competencias del Estado ex art. 149.1 C.E. sea cuando éstas concurren con las autonómicas sobre el mismo espacio físico o sea sobre el mismo objeto jurídico". (STC 31/2010, de 28 de junio, F.J. 104). Al respecto, debemos insistir una vez más que las competencias autonómicas sobre materias no incluidas en el art. 149.1 C.E. aunque se enuncien como "competencias exclusivas", no cierran el paso a las competencias estatales previstas en aquel precepto constitucional. Por tanto, y como ya tuvimos ocasión de afirmar en relación, precisamente, con el art. 166 del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña, "el enunciado de la competencia autonómica como exclusiva no enerva las diferentes competencias del Estado que puedan estar implicadas (art. 149.1.6, 7 y 17 CE, entre otras), debiendo insistir, no obstante, en que de ningún modo se precisa una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios." (STC 31/2010, F.J. 104)".

Social y con finalidades muy distintas. Si nos limitamos a los preceptos que se refieren al reparto competencial la dificultad, sin duda, es mucho menor.

Desde el punto de vista cuantitativo, casi todas las CC.AA han optado por hacer un listado exhaustivo del reparto competencial, clasificándolas entre exclusivas²⁸,

²⁸ Sobre el tema de las competencias exclusivas pueden verse, entre otras, las siguientes SSTC: STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre; STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero, in extenso; STC (Pleno) 220/1992, de 11 de diciembre; STC (Pleno) 206/1997, de 27 de noviembre; STC (Pleno) 239/2002, de 11 de diciembre; STC (S. Segunda) 90/2009, de 20 de abril; STC 177/2012, (S. Segunda) de 15 de octubre, etc.

No obstante, como nos dice la citada STC 146/1986 (F.J. 5º) "(...) las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la C.A. y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado. Se trata así de la existencia de problemas y de tratamiento de problemas que exceden del ámbito de la C.A., en cuanto se trate de políticas de asistencia social, que sólo tengan sentido en cuanto referidas al país en su conjunto. Respecto a estas políticas, el Estado no puede permanecer ajeno, y la propia Junta de Galicia lo reconoce al impugnar sólo parcialmente las Resoluciones que están en la base del presente conflicto. Pero a su vez, este reconocimiento de la existencia de una problemática social que requiera un tratamiento global, no tiene por qué llevar a negar la competencia de la C.A. para gestionarla dentro de su territorio".

La STC (Pleno) 31/2010, de 28 de junio, en su F.J. 102. Señala "(...) El art. 162 EAC, en el que se recogen las competencias asumidas por la C.A. en materias, atendiendo a su rúbrica, de "Sanidad, salud pública, ordenación farmacéutica y productos farmacéuticos", ha sido impugnado en sus apartados 1, 3, 4 y 5, a los que se atribuye, sustancialmente, la infracción del art. 149.1.16 CE, habiendo quedado consignadas las respectivas posiciones de las partes en el antecedente 94, y ello por cuanto el apartado 1 del art. 162 EAC dispone que en materia de sanidad y salud pública corresponde a la Generalitat "la competencia exclusiva sobre la organización y el funcionamiento interno, la evaluación, la inspección y el control de centros, servicios y establecimientos sanitarios." Para los demandantes el precepto es inconstitucional porque determina lo que puede ser básico y lo que puede entrar en el ámbito de la coordinación general de la sanidad, aspectos que sólo corresponde delimitar en cada momento al Estado sin condicionamientos estatutarios, aunque admiten que difícilmente la competencia estatal sobre bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE) pueda abarcar la organización y funcionamiento interno de los servicios sanitarios a los que se refiere el precepto recurrido, ya que la potestad de autoorganización refuerza la competencia autonómica. De nuevo se reprocha a un precepto estatutario, que confiere en este caso una competencia de carácter exclusivo a la C.A., que supuestamente pueda impedir al Estado el ejercicio de competencias constitucionalmente reservadas, en lo que ahora interesa la competencia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE).

En relación con la organización y el funcionamiento de los centros sanitarios, como los propios recurrentes reconocen, opera con la máxima intensidad la competencia asumida en esta materia por la C.A. (STC 50/1999, F.J. 3). Y respecto a las restantes dimensiones del

compartidas²⁹ y ejecutivas³⁰ (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha; Castilla-León; Comunidad Valenciana; Extremadura; Galicia; La Rioja;

apartado 1 ("evaluación, inspección y control" de centros, servicios y establecimientos), se trata de potestades de supervisión que son, sin duda, de competencia autonómica, sin perjuicio, de que, según señala el Abogado del Estado a propósito de la facultad de evaluación contemplada en el precepto recurrido, que expresamente se trae a colación en la demanda a título de ejemplo de su inconstitucionalidad, no excluyan en su caso la aplicación de normas básicas o coordinadoras del Estado.

El art. 162.3 EAC atribuye en su encabezamiento a la Generalitat "la competencia compartida" en distintos ámbitos relativos a las materias de sanidad y salud pública cuyo alcance se precisa en las diversas letras que forman parte del precepto, limitando los recurrentes su impugnación exclusivamente a aquel encabezamiento, en cuanto, a su juicio, excluye la competencia del Estado de coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), al omitir cualquier referencia a la misma.

Frente al motivo de inconstitucionalidad aducido por los demandantes, ha de compartirse el alegato del Abogado del Estado, quien acertadamente señala que cuando una competencia se identifica como compartida hay que entender necesariamente que al Estado le corresponden las competencias que en cada caso ostente por razón de la materia regulada estatutariamente, que, en lo que ahora concierne en relación con el precepto recurrido, son las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE). (...) en modo alguno es necesario que el Estatuto de Autonomía lleve a cabo una expresa salvaguarda de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado por el art. 149.1 CE, puesto que constituyen límites infranqueables a los enunciados estatutarios.

²⁹ Vid. STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre, en cierto sentido, cuando en su F.J. 5º, in fine, señala "(...) No obstante, el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la C.A. Ello quiere decir que, una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de Asistencia Social a nivel supraautonómico, el Estado podría intervenir, pero, debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal actividad (y existen instrumentos adecuados para conseguir una actividad cooperativa en la materia), aunque ello no pueda exigirse, sin embargo, en todos los casos. La acción social en este campo puede canalizarse a través de la ayuda a entidades que realicen labor de Asistencia Social de ámbito estatal, pero no tanto por el ámbito de la Entidad que pretende obtener las ayudas entidad que, si opera a nivel de Estado, había de dirigirse en cada una de las CC.AA a solicitar la ayuda correspondiente para la labor que desarrollen dentro del territorio de la misma, adaptándose con ello a la política concreta de Asistencia Social de esa C.A., sino porque se trata de planes de acción social de ámbito supracomunitario, en los que la acción como tal, y las ayudas correspondientes no podrían residenciarse en las CC.AA.

Vid. también la STC (Pleno) 13/1992, de 6 de febrero, cuyo F.J. 7º aclara que "(...) las dotaciones presupuestarias destinadas al fomento deben distribuirse de manera global y descentralizada, entre las distintas CC.AA según "criterios objetivos de reparto o bien mediante convenios ajustados a los principios constitucionales" (STC 152/1988, F.J. 5º). Bien entendido que mediante la utilización de los Convenios no puede el Estado convertir en compartida una competencia que sea en realidad exclusiva de las CC.AA. De esta manera se favorece la capacidad de gasto de las CC.AA en el desarrollo de las políticas públicas dentro de su ámbito

competencial y se respeta, al propio tiempo, su plena autonomía en la definición concreta de tales políticas en perfecta congruencia con el modelo de Estado de las Autonomías.

La financiación mediante las LPG de acciones de fomento en materias atribuidas a la competencia exclusiva de las CC.AA no significa, claro está, la imposibilidad para el Estado de fijar siquiera el destino o finalidad de política económica o social a que deben dedicarse esos fondos presupuestarios, pues de otro modo se produciría una restricción constitucionalmente inaceptable en el ejercicio soberano de la función legislativa presupuestaria (arts. 66.2 y 134.1 CE). Pero esa afectación ha de ser global o genérica, en función de materias o sectores de la actividad económica o social, de manera que la especificación presupuestaria de los créditos sea la mínima imprescindible para acomodarse a las exigencias del principio de legalidad presupuestaria y deje el margen necesario de actuación para que las CC.AA puedan ejercer su competencia exclusiva en la materia “desarrollando en el sector subvencionado una política propia orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares, dentro de las orientaciones de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector como componente del sistema económico general” (STC 201/1988, F.J. 2º). Siendo evidente que el Estado no puede condicionar las subvenciones o determinar su finalidad más allá del alcance de los títulos en que ampare su intervención.

Ello no significa, claro está, desapoderar al Estado para toda intervención en aquellas materias en que los Estatutos de Autonomía atribuyen a las CC.AA competencias exclusivas, pues el Estado puede ostentar *competencias concurrentes* por virtud de títulos reconocidos en el art. 149 CE y en los Estatutos de Autonomía para desarrollar o establecer políticas económicas o sociales de ordenación sectorial o de servicios o su actuación se enmarque en las facultades estatales de dirección y coordinación de la política económica en cuanto las subvenciones de que en cada caso se trate puedan constituir elemento esencial de la misma. Como ya se dijo en la STC 95/1986, F.J. 4º, “es claro que dentro de esta competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobijo también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”.

Esta concurrencia competencial del Estado y las CC.AA en la acción administrativa subvencional o de fomento, con clara incidencia en la actividad financiera, debe articularse, como reiteradamente ha puesto de relieve este Tribunal desde las SSTC 18/1982, F.J. 14; 32/1983, F.J. 2º y 76/1983, FF.JJ. 11 y 14, mediante técnicas de cooperación y colaboración consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en este y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las CC.AA, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional. Como se dijo en la STC 201/1988, F.J. 2º, “lo que acontece al establecerse la relación jurídica subvencional es que las respectivas competencias estatal y autonómica entran en un marco necesario de cooperación y colaboración, en cuanto se orientan a una acción conjunta en la que no deben mermarse ni la competencia de la Comunidad sobre la materia subvencionada ni las que el Estado tiene para garantizar la coordinación y la unidad de la política económica así como la efectiva consecución de los objetivos perseguidos en los programas a los que se asignan las subvenciones”.

³⁰ Vid. la STC (Pleno) 146/1986, de 25 de noviembre, F.J. 8º, que hace mención al “supuesto en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la C.A. la competencia de ejecución. En este caso la única dife-

Madrid, Murcia; País Vasco); sólo en algún caso aislado este listado se refiere exclusivamente a las competencias exclusivas (Canarias).

En otros casos, la distribución competencial se articula alrededor o en función de las distintas materias y dentro del precepto dedicado a cada materia es donde se especifican qué competencias son exclusivas —con enumeración detallada— y cuáles ejecutivas (Cataluña). En otros casos se listan tanto las competencias como las potestades, listando también las diferentes materias con desglose de las potestades propias respecto de cada una de dichas materias (Navarra).

Pero cuando se sale del estricto ámbito del reparto competencial, la sistematización de las previsiones estatutarias en la materia que nos ocupa se complica sustancialmente. Así, en general, casi todos los Estatutos recogen entre los derechos de sus ciudadanos distintos derechos en materia social, tales como el derecho a la salud (Andalucía [art. 22]; Aragón [art. 14]; I. Baleares [art. 25]; Castilla-León [art. 13.2]; Cataluña [art. 23]) y a las prestaciones sociales (Andalucía [art. 23]; Cataluña [art. 24]), al bienestar social (Aragón), al bienestar y cohesión social (Cataluña [art. 42]) y en algún caso, se dedican preceptos o epígrafes específicos a diferentes colectivos o grupos sociales como los mayores, los menores, las mujeres, la familia, los dependientes o discapacitados, en orden a atribuirles o asignarles derechos concretos en materia social (Andalucía; Cataluña) incluyendo incluso la referencia expresa a una renta de ciudadanía o renta básica (Andalucía [art. 23.2]; Castilla-León [art. 13.9]). En otros casos, se enuncian estos colectivos bajo el amplio paraguas de unos “derechos sociales” (I. Baleares [art. 16]) recogiendo, sin embargo, algún precepto sólo a un colectivo muy concreto, como los dependientes o la pobreza (I. Baleares [art. 21]) o inserción social (I. Baleares [art. 19]). En algunos casos, se centran exclusivamente en los discapacitados (C. Valenciana [art. 13]). Y no falta algún Estatuto que remite a los derechos y deberes reconocidos a los españoles en la Constitución (Murcia [art. 9.1] y País Vasco [art. 9.1]). Sin embargo, muchos Estatutos no recogen ninguna previsión en esta materia limitándose al reparto competencial (Asturias; Canarias; Cantabria; Extremadura; Galicia; La Rioja; Madrid; Navarra) o, todo lo mas, junto con unos genéricos objetivos de la Comunidad entre los que se citan aspectos de carácter social (Castilla-La Mancha [art. 4.4]).

Aunque menos frecuentes, la materia social aparece entre el listado de objetivos de la C.A., con mayor o menor extensión; materia social que se concreta en la con-

rencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios!”.

secución del pleno empleo, la mejora de la calidad de vida, la cohesión social, la atención especial de los dependientes, y la integración social, económica y laboral de los discapacitados e inmigrantes, enunciando, para la consecución de los mismos, unos principios rectores (Andalucía [art. 10]). En otros casos, se enuncian unos mas limitados principios de actuación de los poderes públicos en la consecución de un objetivo de igualdad (Castilla-La Mancha [art. 31]) o mas genéricamente el compromiso de velar por el progreso económico y social (Murcia [art. 9.2]) o la mejora de las condiciones de vida y trabajo (País Vasco [art. 9.2]).

Entrando ya en las materias a las que se refieren los distintos Estatutos de Autonomía como **competencia exclusiva de la C.A.**, sólo Aragón [art. 71.34ª] y Baleares [art. 30.15ª] recogen entre las materias enunciadas la acción social, pero sin duda se trata de un concepto equiparable a la **asistencia social**, que sí recogen como competencia autonómica exclusiva Asturias [art. 10.1.p)], Canarias [art. 30.13], Cantabria [art. 22.18], Castilla-La Mancha [art. 31.20ª], Castilla-León [art. 70.10], Extremadura [art. 7.1.20ª], Galicia [art. 27.23ª], La Rioja [art. 8.1.30ª], Murcia [art. 10.18], Navarra [art. 44.17] y País Vasco [art. 10.12].

En materia de **salud/sanidad**, tampoco son muy numerosas las CC.AA que la contemplan como competencia exclusiva: Andalucía [art. 22], Aragón [art. 14], Baleares [art. 25], Cataluña [art. 23]. En materia de productos farmacéuticos, a las anteriores se añaden Canarias [art. 30.31], Comunidad Valenciana [art. 49.1.11ª] y País Vasco [art. 10.15].

Los servicios sociales son competencia exclusiva en Andalucía [art. 61], Canarias [art. 30.13ª], Castilla-La Mancha [art. 31.20], Castilla-León [art. 70.10], Cataluña [art. 166.1], Comunidad Valenciana [art. 49.24]y La Rioja [art. 8.30].


















Si atendemos a la mención expresa a la competencia respecto de determinados colectivos, se incrementa la variedad de referencias: familia (Andalucía [art. 61.1], Baleares [art. 30.16], Castilla-León [art. 70.10] y Cataluña [art. 16]); menores (Andalucía [art. 61.1], Aragón [art. 71.39], Baleares [art. 30.39], Castilla-La Mancha [art. 31.20], Castilla-León [art. 70.10], Cataluña [art. 17], Comunidad Valenciana [art. 49.27], Madrid [art. 23.1.24], Murcia [art. 10.18], Navarra [art. 44.17] y País Vasco [art. 10.14]); mayores (Baleares [art. 30.14], Castilla-La Mancha [art. 31.20], Castilla-León [art. 70.10], La Rioja [art. 8.1.31], Madrid [art. 23.1.23], Murcia [art. 10.18], Navarra [art. 44.18] y País Vasco [art. 10.39]); discapacitados (Castilla-La Mancha [art. 31.20], Castilla-León [art. 70.10], Comunidad Valenciana [art. 49.27], La Rioja [art. 8.1.31], Madrid [art. 23.1.23], Murcia[art. 10.18]); jóvenes (Castilla-La Mancha [art. 31.20]; Castilla-León; Comunidad Valenciana [art. 49.27]; Madrid [art. 23.1.23]; Navarra [art. 44.18]); inmigrantes (Baleares, Comunidad Valenciana [art. 49.27], La

Rioja [art. 8.1.31]); emigrantes (Castilla-La Mancha [art. 31.20]; La Rioja [art. 8.1.31], Madrid [art. 23.1.23], Murcia [art. 10.18]).

Sólo Aragón recoge entre sus competencias la igualdad social [art. 71.37] mientras que la igualdad de género está presente en Andalucía [art. 167], Madrid [art. 23.1.25], Murcia [art. 10.20], Navarra [art. 44.18] y País Vasco [art. 10.39].

ANEXO DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMIA: ASUNCION DE COMPETENCIA

TABLA 1. *Panorámica general estatutaria*³¹

																	
Objetivos básicos política social	x						x								x		
Derechos de los ciudadanos	x	x		x				x	x								
Reparto competencias	x	x	x	x	x	x	x	x		x	x	x	x	x	x	x	

³¹ — Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de ANDALUCÍA (Última actualización publicada BOE de 11-4-2011);
 — Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de ARAGÓN (BOE de 23-4-2007) (Última actualización publicada BOE de 19-7-2011).
 — Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias (BOE de 11-1-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
 — Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (BOE de 1-3-2007) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
 — Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias (BOE 16-8-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
 — Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Cantabria (BOE 11-1-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).

- Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE de 16-8-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (BOE de 1-12-2007) (Última actualización publicada BOE de 11-4-2011).
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE de 20-7-2006) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (BOE de 10-7-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura (BOE de 26-2-1983) (Última actualización publicada BOE de 29-1-2011).
- Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (BOE de 28-4-1981) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja (BOE de 19-6-1982) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (BOE de 1-3-1983) (Última actualización publicada BOE de 17-7-2010).
- Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (BOE de 19-6-1982) (Última actualización publicada BOE de 29-11-2013).
- Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (BOE de 16-8-1982) (Última actualización publicada BOE de 28-10-2013).
- Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (BOE de 22-12-1979) (Última actualización publicada BOE de 22-12-1979).

TABLA 2. *Sistemas de distribución de competencias en los Estatutos*


















																	
Distinción entre competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas	x	x	x	x		x	x	x		x	x	x	x				x
Sólo competencias exclusivas de la CC-AA					x												
Distribución competencial en función de materias distinguiendo dentro de ellas entre competencias y potestades									x							x	

TABLA 3. *Derechos de los ciudadanos*



































																	
Salud	x	x		x				x	x								
Prestaciones sociales	x								x								
Bienestar social		x															
Bienestar y cohesión social									x								
Mayores	x								x								
Menores	x								x								
Familia	x								x								
Dependientes	x			x													
Discapacitados	x								x	x							
Renta de ciudadanía								x									
Derechos sociales				x													
Remisión de los derechos previstos en la Constitución															x		x

TABLA 4. Materias sobre las que tienen competencia exclusiva las CC.AA

																	
Acción social		x		x													
Asistencia social			x		x	x	x	x			x	x			x	x	x
Salud	x	x		x													
Sanidad	x	x							x	x							
Farmacia	x	x			x				x	x							x
Servicios sociales	x				x		x	x	x	x			x				
Voluntariado	x	x							x								
Familias	x			x				x	x								
Menores	x	x		x			x	x	x	x				x	x	x	x
Igualdad social		x															
Tercera edad (mayores)				x			x	x					x	x	x	x	x
Inmigrantes				x						x			x				
Jóvenes							x	x		x				x		x	x
Emigrantes							x						x	x	x		
Discapacitados (minusválidos)							x	x		x			x	x	x		
Igualdad género	x													x	x	x	x

Capítulo XIII

EL DESARROLLO DE LOS SERVICIOS SOCIALES: DE LA BENEFICENCIA A LOS DERECHOS SOCIALES

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Relaciones Sociales e Internacionales
y Planes Estratégicos de Fundación ONCE
Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

1. LA ACCIÓN SOCIAL DESDE SUS ORÍGENES: BENEFICENCIA PARTICULAR Y GENERAL

En la historia de la acción social se han señalado (Aleman, 1993) tres etapas de servicios sociales, que son precedentes de la fase actual. Dichas etapas siempre se han superpuesto y han convivido entre ellas.

La primera etapa es la de la “caridad”, que se desarrolla básicamente hasta la Edad Media y tenían una raíz religiosa muy marcada. Se trataba de reducir las manifestaciones más extremas de pobreza sin abordar las causas que la producían.

Al principio del siglo XVI se produjo una gran aceleración de las diferencias sociales (Muñoz Machado, 2013) que produjeron auténticas muchedumbres de mendigos callejeros. Ferdinand Braudel, historiador del siglo XX, describe de forma patética cual debía ser la realidad entonces: *“Las ciudades veíanse obligadas a velar por el orden, por su orden, y a desembarazarse, por motivos de higiene pública, de los pobres que en ellas pululaban: los mendigos, los locos, los lisiados reales o fingidos, las gentes sin oficio ni beneficio que se hacinaban en plazas, tabernas y puertas de los conventos que distribuyen sopas. Se les expulsa, pero vuelven o vienen otros a sustituirlos”*. Dicha situación venía provocada por las malas cosechas, el abandono del campo y la incipiente urbanización, que atrajo a masas de desocupados.

Acabada la Edad Media, con el humanismo del Renacimiento, que centra su preocupación por el hombre y su suerte en este mundo, se abre una etapa nueva, que se denomina de “beneficencia pública”. Impulsan esta idea tratadistas como Juan Luís Vives, Domingo de Soto o Cristóbal Pérez de Herrera, y tantos otros, que abordan ya los temas centrales de la beneficencia pública y que van a influir en los siglos sucesivos. Aún en manos fundamentalmente religiosas, la novedad es una tímida intervención pública. La beneficencia pública se concreta en la realización de prestaciones gratificables, de mera subsistencia, en favor de los necesitados, financiada con fondos públicos y privados. Un rasgo esencial de la beneficencia es que no genera derechos.

La acción social, como vemos puramente paliativa de la extrema y masiva pobreza, se realizaba mediante la mendicidad, es decir la limosna individual y algunos establecimientos hospitalarios dotados por monasterios, parroquias u otras instituciones eclesiásticas. La gravedad de la situación social en Europa lleva a una incipiente intervención local, influida intelectualmente por los reformadores protestantes (Muñoz Machado, 2013).

Dado que los eclesiásticos habían acumulado grandes patrimonios y riquezas (“manos muertas”), ya en los siglos XVII y XVIII, el poder regio establece una serie de controles y promulga impuestos para sufragar sus empresas, dejando a las “obras pías”, mayorazgos y vinculaciones, que tanta importancia tuvieron en la Edad Media, con grandes dificultades (Cabra de Luna, 1998). Incluso se aprueban normas desamortizadoras (Real Decreto de Carlos IV de 19 de septiembre de 1798), que ordenan la enajenación *“de todos los bienes raíces pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, de reclusión y de expósitos, cofradías, memorias, obras pías y patronatos de legos, poniendo los productos de estas ventas en mi Real Caja de amortización, bajo el interés anual del 3 por ciento...”*.

A ella siguieron las etapas, primero desvinculadoras y después desamortizadoras, que tienen su origen en el pensamiento ilustrado. La primera —desvinculación— que supone que los bienes antes descritos, indisponibles por naturaleza, pasan a permitirse su venta (excepto a las fundaciones). La segunda —desamortización— que obliga a ser transferidos a otros propietarios. Así, se llega a las Leyes de 1820, 1837 y 1841, que imponen la venta forzosa y dan lugar a la enajenación de muchas instituciones de beneficencia.

Se ha destacado (Cabra de Luna, 1998) que la principal consecuencia de estas leyes fue la prohibición de muchas fundaciones familiares, y la conversión de las fundaciones benéficas en públicas por la Ley de Beneficencia de 1822, norma que desmantela de forma abrupta todo el sistema de beneficencia privada existente.

Como dijo, Joaquín Costa, *“el Estado tenía que atender a las clases menesterosas después de haber sustraído enormes patrimonios tradicionalmente dedicados a cubrir sus necesidades”*. Se ha señalado (Aleman, 1993) que la desamortización de bienes de la Iglesia y de los Municipios va a producir una importante consecuencia: favorecerá, desde entonces, la creciente intervención del Estado y la pérdida del protagonismo de la Iglesia. Ello dará lugar a la aprobación de la segunda Ley de Beneficencia, de 1849, tras constatarse las consecuencias devastadoras de los procesos de desvinculación y desamortización. El Gobierno toma conciencia de su incapacidad para hacerse cargo de las actividades que las entidades benéficas desarrollaban y promulga dicha Ley que reconoce a los establecimientos privados de beneficencia.

Tras las etapas de “caridad” y “beneficencia pública”, se fragua la tercera etapa: la de “asistencia social”. Supone el intento de superar la simple acción coyuntural, de cada caso concreto —propia de la beneficencia—, y va dirigida a la atención de necesidades básicas y no de la mera indigencia. A la llegada de esta etapa contribuye la acción del pujante movimiento obrero en la segunda mitad del siglo XIX, que favorece una intervención estatal más activa.

En España, la prueba de ello es la creación en 1883, en el reinado de Alfonso XII de la Comisión de Reformas Sociales (Aleman, 1993). La Comisión tenía por objeto el estudio de todas las cuestiones relativas a los problemas sociales. Como resultado de su labor, se van a promulgar numerosas disposiciones en materia social. La Comisión fue el germen de la legislación social y asistencial posterior. Ya a comienzos del siglo XX, se creará el Instituto de Reformas Sociales, en 1903, y el Instituto Nacional de Previsión. Durante la primera mitad de este siglo, comienzan los Seguros Sociales y la posterior aparición de la Seguridad Social como sistema público organizado de protección social. Por tanto coexisten en España en esta época, la beneficencia, la asistencia social y los seguros sociales, que preceden a la Seguridad Social.

Las normas que implantaban seguros obligatorios se fueron aprobando a partir de las propuestas reformistas de principios de siglo y la necesidad de afrontar las revueltas obreras. El primer seguro obligatorio, de vejez o de “retiro obrero”, establecido en 1919. El de maternidad, aprobado en 1929. El seguro de enfermedad, tras la guerra civil, en 1942. El conjunto de estos seguros formarán la política denominada de “previsión social” (Muñoz Machado, 2013).

Es de justicia reconocer que la Constitución republicana de 1931 es pionera y precedente de nuestra vigente regulación de los servicios sociales. La Constitución republicana, además de extender el seguro social, menciona explícitamente a la asistencia social pública, distinguiéndola no sólo de la seguridad social sino, sobre todo, de la beneficencia religiosa y privada, otorgándole naturaleza universal, no dis-

crecional, y como obligación del Estado: *“el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia”* (artículo 43).

Mención aparte merece el desarrollo de la beneficencia particular en España, vía la incompleta regulación de las fundaciones que efectúa el Código Civil de 1889 (actualmente, artículos 35 y 38), que, en opinión de Tomás y Valiente (1995), supone que dichas instituciones salieran de la clandestinidad, si bien, fiel a la inspiración de las leyes desvinculadoras, se trataban de fundaciones que persiguen un interés público, persistiendo la condena de las fundaciones familiares. El desarrollo vino de la mano del R.D. de 14-3-1899 y del R.D. de 27-9-1912, adquiriendo la Administración un papel preponderante en todo el proceso de desarrollo de las fundaciones, que tuvo como resultado la creación de la figura del Protectorado (Cabra de Luna, 1998).

2. LA ACCIÓN SOCIAL EN LA ESPAÑA FRANQUISTA

Durante el franquismo, en España hubo abundante legislación social. Pero, en lo que se refiere a esta materia, con gran dispersión administrativa, con una actitud paternalista y coexistiendo diferentes sistemas de prestación de asistencia. Por ello, el régimen de Franco supuso el retraso en la implantación de los servicios sociales en España respecto a otros países (Aleján, 1993).

La posguerra trajo una organización llamada “Auxilio Social”, copiada de la “Winterhilfe” creada por la Alemania nacional-socialista y vinculada a la Sección femenina de la Falange Española. Su acción, que comenzó en la guerra civil, con el reparto de comida a la población conforme se producían ocupaciones del territorio, consistía en la gestión de comedores y la de casas para niños y para madres. La Orden de 29 de diciembre de 1936, del Gobierno General, en la que se procede a la reorganización de los establecimientos benéfico-sociales existentes, crea comedores infantiles, de adultos, de madres lactantes, guarderías y refugios para la vejez, financiados por el Fondo Benéfico-Social fundado para dicho efecto.

Con el tiempo fue decayendo la actividad del “Auxilio Social”, sin desaparecer del todo, hasta pasar a integrarse, en 1976, en el Instituto Nacional de Asistencia Social (INAS), adscrito al Ministerio de la Gobernación.

En el marco del Plan de Estabilización, en 1960 (Ley de 21 de julio) se crearon los Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, entre los que destaca el de Asistencia Social, cuya finalidad era favorecer el mejoramiento de las condiciones de vida de la población española por medio de dotaciones para residencia de menores y de ancianos, guarderías infantiles, comedores para madres

lactantes, así como ayudas a las instituciones de beneficencia. La fuente principal de financiación de este Fondo fueron los Presupuestos Generales del Estado y, a partir de 1977, se incrementaron al recibir una parte de la tasa proveniente del juego legalizado. El Instituto Nacional de Asistencia Social, creado en 1974, seguirá en la misma línea asistencialista y en el mismo se integraron los antiguamente denominados Centros de la Beneficencia General, que no eran otros que los grandes centros asistenciales públicos. Pero hay que resaltar que las prestaciones de asistencia Social y las actividades desarrolladas en su ámbito no generaban derechos subjetivos perfectos, se cubrían mientras había dinero, aunque hay que reconocer que en algunas circunstancias (pensiones asistenciales) los créditos presupuestarios gozaban de la calificación de “ampliables”; pero siempre al final estaba la necesaria autorización de Hacienda, que no siempre se concedía.

Por otra parte, la regulación de las fundaciones, en esta etapa histórica, no se aparta de la configuración normativa realizada desde su legalización, que antes se ha referido. No obstante, la aplicación de la misma alumbró un mecanismo, el de la cláusula de “*a fe y conciencia*”, que dispensaba a los patronos de la obligación de rendir cuentas al Protectorado, y que tenía por finalidad última la de impedir la conversión obligatoria de los patrimonios fundacionales en deuda pública perpetua, y, de esta forma, como dice García de Enterría (1990) hacer frente a los efectos devastadores de la desamortización.

Finalmente, la creación de una política de Seguridad Social y de un régimen complementario de asistencia social está explicada en la exposición de motivos de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, de la que derivó luego el Texto articulado de 21 de abril de 1966. Se refería al “*tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social*”. Y fundamentaba la vinculación estrecha entre Seguridad Social y asistencia social. Explicaba que “*la Seguridad Social, entendida como sistema de superación de los esquemas clásicos de previsión y seguros sociales, exige inexcusablemente un régimen complementario de asistencia social*”.

3. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El paso siguiente y definitivo para la organización de los sistemas modernos de asistencia de la Seguridad Social fue el Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, que acuerda la supresión del INP y crea tres entidades gestoras: el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) para la gestión de las prestaciones económicas; el

Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) para los servicios sanitarios; y el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) que se ocupará de *“la gestión de servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social”*. Al margen de la administración de la Seguridad Social y como organismos autónomos del Estado, subsistiría, en estos años de transición de la dictadura a la democracia, la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA), que se ocupará de *“la gestión de los servicios de prevención y asistencia que tenga encomendados”*, y el Instituto Nacional de Asistencia Social (INAS), *“para la gestión de los servicios de asistencia social del Estado, complementarios del sistema de la Seguridad Social, que sustituye al Auxilio Social”*.

Como ha señalado Muñoz Machado (2013) estas iniciativas consistentes en completar los servicios públicos de carácter asistencial fueron, definitivamente, los elementos fundacionales del denominado *“Estado del Bienestar”*, caracterizado por ofrecer a todos los individuos que habiten en el país la atención de la totalidad de sus necesidades vitales, sea a través del sistema de Seguridad Social o mediante las prestaciones complementarias de la acción social a cargo de las Administraciones Públicas.

Pero es con la Constitución de 1978 como se asienta institucional y jurídicamente ese llamado *“Estado del Bienestar”*. Aunque la Constitución de 1978 no formula, expresamente, el reconocimiento del sistema público de servicios sociales, esto no significa ninguna limitación, puesto que la Constitución es un texto comprometido con las cuestiones sociales y con la consecución de mayor grado de justicia social (Alemán, 1993). Esta autora ha destacado que, de manera expresa, la Constitución contiene un mandato expreso para que los poderes públicos realicen una función promocional del bienestar social; así el artículo 1º establece que: *«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»*. El artículo 9º. 2 por su parte dice: *«Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*.

Partiendo de una interpretación integradora de los artículos 1, 9, 10 y 14, en relación con el Capítulo III, del Título I, principios rectores de la política social y económica, se presta atención a determinados colectivos, como juventud (art. 48); *“disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”* (sic) (art. 49); tercera edad (art. 50) y familia e hijos (art. 39). De todo ello se desprende, dice Alemán, que sin los servicios sociales estos principios fundamentales quedarían vulnerados.

La particularidad de España es que un verdadero sistema de servicios sociales no se crea hasta los años 80, con considerable retraso sobre otros países de nuestro entorno y por causas fundamentalmente políticas, que antes se examinó. Otra característica de nuestro sistema es que su desarrollo y consolidación va de la mano no solo del impulso del Gobierno central sino también de las administraciones autonómicas. Buena prueba de ello es el artículo 148.20 donde se menciona, entre las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas, la de «*Asistencia Social*».

La utilización de este concepto dio lugar a un cierto debate sobre dicho concepto —asistencia social— y otros que también se empleaban —acción social, bienestar social, beneficencia social— eran equivalentes o si, por el contrario, representaban realidades distintas. A juicio de la doctrina las citadas denominaciones eran etiquetas de la misma cosa y lo esencial de los servicios sociales no es tanto el nombre como su contenido efectivo y cómo se articula.

Los Estatutos de Autonomía, conforme se van aprobando en los años 80 del siglo pasado, superan ese término obsoleto y asumen, aunque con diferentes denominaciones —asistencia social, bienestar social, servicios sociales— la competencia en materia de servicios sociales. Pero, también es de resaltar, tal era el ansia por fortalecer los servicios sociales en España, que la Ley de Bases de Régimen Local (1985), en su artículo 25.2.k), establece que el municipio también ejercerá competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de «*prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social*». El artículo 26.1.c) de dicha Ley dice incluso que «*los Municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar en todo caso Servicios Sociales*». Y por otra parte, el artículo 36 establece que «*son competencias propias de la Diputación la prestación de servicios públicos (que incluye los servicios sociales) de carácter supramunicipal, y en su caso supracomarcas*».

Se produce al hilo de estos cambios legales una cierta expansión de los servicios sociales a nivel territorial en el último tramo del siglo XX.

4. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN LA ESPAÑA DEMOCRÁTICA

Como se ha expresado anteriormente, fue en la década de los ochenta, por consiguiente, cuando surgió en España un verdadero sistema público de servicios sociales, representando un avance importante del Estado del Bienestar.

Debido a la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas por la CE y por sus respectivos Estatutos de Autonomía, no cuaja una “Ley estatal de Servicios Sociales” que se comienza a elaborar a principios de los años ochenta del pasado siglo, y aquellas van aprobando Leyes en la materia, que, en opinión de Alemán, tuvieron por objeto implantar en las Comunidades Autónomas un sistema público de servicios sociales que pusiera a disposición de las personas y grupos en que se integran, recursos, acciones, prestaciones para el logro de su pleno desarrollo. Así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a la marginación. Los principios inspiradores de los servicios sociales los clasifica dicha autora en los siguientes: 1. Universalidad, atención a todos; 2. Igualdad, sin discriminación; 3. Solidaridad, justa distribución de recursos; 4. Prevención, eliminar causas de marginación; 5. Responsabilidad pública, recursos públicos; 6. Descentralización, acercar las instituciones más al ciudadano; 7. Normalización e Integración, cauces normales respetando el medio; 8. Participación, intervención de los ciudadanos en el control de los servicios sociales; 9. Planificación y Coordinación, equilibrio recursos y necesidades y armonización pública y privadas; 10. Globalidad, consideración total de la persona y de los grupos y no sólo de aspectos parciales.

Como acertadamente han señalado algunos autores (Muñoz Machado, García Delgado y González Seara, 1997) las Leyes de Servicios Sociales, sobre todo las de la primera hornada, tienen un contenido escaso, pues se suelen configurar como normas programáticas llenas de grandes y bienintencionadas declaraciones, que algunos han denominado “leyes-manifiesto”, sin establecimiento de derechos de los ciudadanos y de obligaciones concretas de las Administraciones Públicas.

Dichas leyes generales se completaron con otras normas generales, como las relativas a infracciones y sanciones en la materia, a rentas o ingresos mínimos de inserción, o sectoriales, en materia de infancia, mujeres, tercera edad, discapacidad, etc.

No obstante, el desarrollo normativo autonómico de los servicios sociales no significó que el Estado se despojara total y absolutamente de medios de intervención al respecto.

Por la Ley de Fundaciones de 1994 se deroga la Ley General de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de 1852, con lo que se cierra la fase de la Beneficencia general y particular en España, con un impacto político notable en el futuro desarrollo de los servicios sociales en nuestro país y haciendo desaparecer los flecos de aquella en las Corporaciones Locales, particularmente en las Diputaciones, donde quedaban vestigios de los Centros provinciales de beneficencia (a veces denominados “Casas de la Misericordia” u “Hogares Provinciales”).

Por una parte, existen supuestos en los que el marco normativo, por referirse a la legislación civil, es de competencia exclusiva estatal, salvo en el caso de los Derechos Forales, allí donde existan (art. 149, 1.8 CE). Así, se aprueba en enero de 1996 la ley de protección del Menor.

Por otra parte, el Estado se atribuye (Art. 149.1.17 C.E.) la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas, así como la *“regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.”* (Art. 149.1.1 C.E.). De tal forma, el Estado, bien por la vía de la Seguridad Social, bien mediante normas generales que se refieran a la garantía de la igualdad en el disfrute de los derechos, dispone de mecanismo de intervención en materia de servicios sociales.

El Estado mantuvo los servicios integrados en el sistema de Seguridad Social, gestionados a través del INSERSO, hasta el año 1996, en que se transfirieron a las Comunidades Autónomas. Además, ha elaborado planes de amplio alcance cuya gestión y financiación se lleva a cabo de forma coordinada con las Comunidades Autónomas. Citamos por su importancia, el Plan Gerontológico Nacional, el Plan Nacional sobre Drogas y el Plan Concertado para Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, este último con las Corporaciones Locales, así como otros planes sectoriales (Discapacidad, Juventud, Infancia, Voluntariado, Gitanos, etc.).

Varias Sentencias del Tribunal Constitucional (las últimas: 243/12, 150/2013, 154/2013, 163/2013) habían concluido que el Estado invade las competencias autonómicas al reservarse la gestión centralizada del otorgamiento de subvenciones y ayudas, anulando las Órdenes que las regulaban. Con el fin de reforzar la habilitación constitucional del Estado para desplegar algún tipo de intervención estatal, se habilita, a través del capítulo II del Real Decreto-Ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, una nueva vía para desarrollar, de una forma constitucionalmente aceptable, programas estatales, tales como el de interés social financiados con el porcentaje de la asignación tributaria del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Además de reformar el régimen de gestión de las ayudas derivadas de la asignación tributaria del IRPF desde el punto de vista de su estructura y su fundamento jurídico, se pone en marcha otra modificación que tiene un calado muy importante: el reconocimiento de una nueva categoría, la de las entidades del Tercer Sector colaboradoras con las Administraciones Públicas; es decir el reconocimiento jurídico del papel esencial que determinadas organizaciones y entidades sin ánimo de lucro

tienen a la hora de dar respuesta a las necesidades cada vez más acuciantes de la sociedad, colaborando directamente con las Administraciones Públicas, y quedando al mismo tiempo garantizada la vía de canalización de los fondos públicos imprescindibles para que las mismas puedan cumplir y desarrollar los fines que les son propios. El fundamento constitucional de esta nueva categoría es el 149.1.18ª que le otorga competencia al Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Se regula así que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, podrán reconocer como entidades del Tercer Sector colaboradoras a aquellas organizaciones o entidades que desarrollen actividades de interés general, siempre que cumplan determinados requisitos mínimos (estar legalmente constituidas como entidades de ámbito estatal y, cuando proceda, debidamente inscritas en el correspondiente Registro administrativo de ámbito estatal en función del tipo de entidad de que se trate; carecer de fines de lucro o invertir la totalidad de sus beneficios en el cumplimiento de sus fines institucionales no comerciales; desarrollar actividades de interés general considerando como tales, a estos efectos, las previstas en el artículo 4 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado; otros que se establezcan en un futuro, legal o reglamentariamente).

Las funciones que podrán desempeñar estas entidades abarcan las de informar y auxiliar a la Administración General del Estado en las materias propias de su ámbito de actuación, en los términos que se determine reglamentariamente; participar como interlocutores de la misma, a través de sus órganos de participación y consulta en los términos previstos en la normativa aplicable; colaborar con la Administración General del Estado en el desarrollo y aplicación de los planes, programas y medidas de fomento, cuando el objeto de la colaboración no esté comprendido en el de los contratos regulados por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público o la colaboración se efectúe de forma no onerosa para la Administración y otras que se determinen reglamentariamente.

En tanto se produce el desarrollo reglamentario, el propio Real Decreto Ley que regula esta nueva figura reconoce que ostentan la condición de entidades del Tercer Sector colaboradoras aquellas que acrediten el cumplimiento de los requisitos antes reseñados.

Finalmente, hay que hacer referencia a normas estatales que han tenido extraordinaria importancia en el desarrollo de los servicios sociales o lo han apoyado de forma particularmente intensa, de forma cronológica: La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, refundida en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social; la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establece las Prestaciones No Contributivas, refundida en la Ley General de Seguridad Social; y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (la denominamos LISMI), supuso la adaptación de nuestra normativa sobre discapacidad a las previsiones del artículo 49 de la entonces reciente Constitución. Esta norma supuso un avance histórico pues, por primera vez, y de modo muy progresista, en relación a otras Constituciones de nuestro entorno, se reconoce en la norma fundamental del Estado el derecho a disfrutar de los mismos derechos que el resto de los ciudadanos. Es decir, es un precedente de todo el acervo jurídico que se ha venido acumulando y que ha dado cuerpo al tratamiento de la discapacidad como derecho y no bajo un punto de vista puramente médico o rehabilitador. Estableció un sistema, que ya se denominó como “interino”, de subsidios de garantía de ingresos mínimos, de ayuda de tercera persona y de movilidad y compensación para gastos de transporte, que fue superado por la Ley 26/1990, que universalizó las prestaciones no contributivas de Seguridad Social e incluyó en ellas a las personas con discapacidad. Así, convirtió a la Seguridad Social en un elemento esencial para asegurar los principios constitucionales de suficiencia de prestaciones, universalidad del ámbito de cobertura y su carácter público. Hasta ese momento, los mecanismos que permitieron la protección del colectivo estaban situados al margen de la Seguridad Social. Otro hito fundamental de la LISMI fue la generalización de la asistencia sanitaria y los servicios sociales para el colectivo de personas con discapacidad. La LISMI también propició el ejercicio pleno del derecho a la educación, la integración en el sistema ordinario, aun con las dificultades y fallos que se denuncian frecuentemente, y la gratuidad de los estudios universitarios. El empleo dio con la LISMI un salto importante, si bien se ha revelado como insuficiente para acercar nuestras tasas de empleo y actividad a la de las personas sin discapacidad. Hay que recordar cómo, tras múltiples reformas y desarrollos, se ha afianzado la cuota de empleo en las empresas de 50 ó más trabajadores y el empleo protegido, a través de los centros especiales de empleo y otras modalidades, como los enclaves laborales y el empleo con apoyo. Los avances en materia de discapacidad han sido muy importantes, con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU) y, sobre todo, con la aprobación de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor en nuestro país desde

el 3 de mayo de 2008, y, finalmente con el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, publicado el 3 de diciembre de 2013, que incluye la LISMI, la LIONDAU y la Ley de Infracciones y Sanciones de esta última.

En cuanto a la Ley 26/1990, es de destacar que universalizó las prestaciones de Seguridad Social. Así, convirtió a ésta en un elemento esencial para asegurar los principios constitucionales de suficiencia de prestaciones, universalidad del ámbito de cobertura y su carácter público. Hasta ese momento, los mecanismos que permitieron la protección de personas con bajos ingresos estaban situados al margen de la Seguridad Social, en el ámbito de la beneficencia y de la asistencia social. Hay que destacar que la Ley estableció dos modalidades de pensiones no contributivas, jubilación e invalidez, a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, careciesen de recursos económicos suficientes para su subsistencia, con cuantías superiores a las de las antiguas pensiones asistenciales y a las del subsidio de garantía de ingresos mínimos para personas con discapacidad. Esta misma Ley modificó sustancialmente las prestaciones familiares por hijos a cargo, prestaciones que actualmente representa otra vía de protección social. Pues bien, no deberíamos olvidar que las prestaciones instauradas por la Ley 26/1990 quedaron configuradas como verdaderos derechos subjetivos a favor de los beneficiarios, eliminando cualquier rasgo de discrecionalidad o asistencialidad que podían caracterizar a algunas de las prestaciones hasta ese momento existentes.

Mención particular requiere la última gran Ley citada antes, de contenido intensamente social. El 15 de diciembre de 2006 se publicó en el BOE la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Pocas veces una Ley ha generado tantas expectativas.

Como dice la exposición de motivos de la Ley, *“la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”*.

Nos encontramos ante una norma que regula “derechos de ciudadanía”, no de protección graciable por el Estado como hasta ahora, y entronca directamente con nuestra Constitución del año 1978. Como se ha puesto de relieve (Vicenc Navarro y Águeda Quiroga, 2003), España tiene, por ejemplo, uno de los niveles más bajos de cobertura de servicios domiciliarios para personas mayores (1,5% de los mayores de

65 años), lejano de los alcanzados por otros países, por ejemplo Dinamarca (24%), Suecia (17%), Holanda (9,5%) o Reino Unido (5,5%).

La Ley tuvo una prolongada gestación. El *“Libro Blanco de atención a las personas en situación de dependencia en España”*, realizó un diagnóstico sobre la situación que cifró, en 1999, en cerca de 1,5 millones, el número de las personas con dificultad para llevar a cabo alguna de las actividades básicas de la vida diaria. En octubre de 2003 se aprobó en el Pleno del Congreso de los Diputados la Renovación del Pacto de Toledo con una Recomendación Adicional 3.^a que expresa: *«resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad del fenómeno de la dependencia y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección»*. Con la Ley 39/2006 se constituye el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) con el fin de promover la autonomía personal y garantizar la atención y protección a las personas en situación de dependencia en todo el territorio del Estado, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias. El SAAD se configurará como una red pública, diversificada, que pasa a integrar de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados, debidamente acreditados. Para hacer efectivas las prestaciones reconocidas a la persona en situación de dependencia, los servicios sociales de las Comunidades Autónomas establecen un Programa Individual de Atención, en el que se determinan las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona dependiente de entre los servicios y prestaciones económicas.

No profundizo más en la regulación de la Dependencia pues ya hay en este libro un capítulo dedicado a esta materia.

5. EL RETROCESO A CONSECUENCIA Y CON LA EXCUSA DE LA CRISIS: LA VUELTA ATRÁS

Todo este camino recorrido dio lugar a un Sistema de servicios sociales del que comenzábamos a estar orgullosos, aunque se encontraba en un nivel medio-bajo dentro de la Unión Europea. Es entonces cuando la crisis iniciada en el 2008, primero financiera y después económica, provoca una seria ruptura en lo hasta ahora conseguido.

Ello es más grave aún si tenemos en cuenta que el nivel del que partíamos. Nuestro país es el que tiene el menor gasto social en protección de la familia de toda la UE-15 (0,5% del PIB, frente al 2,1% del promedio europeo) y el gasto en

protección social de España (20,1%) es el más bajo de Europa (27,3% del PIB) después de Irlanda (Vicenc Navarro y Águeda Quiroga, 2003).

El Índice DEC (Índice de Desarrollo de los Servicios Sociales, 2013) elaborado por la Asociación de Directores y Gestores de Servicios Sociales, indica que, en cuatro años de crisis (2009 a 2012), el presupuesto del conjunto de las Comunidades Autónomas en servicios sociales se ha reducido más de 478 millones de euros, un 3,64%. No hay datos del año 2013, especialmente aciago en materia de recortes sociales.

En los Presupuestos del Estado de 2012 y 2013 se ha reducido un 65,4% el Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, pasando de casi 90 a 30 millones de euros.

En términos relativos, el gasto por habitante se ha reducido un 1,75% en el conjunto del Estado, pasando de 280,03 € en 2009 a 275,13 € en 2012. De la misma manera, se reduce el porcentaje que representa el gasto en servicios sociales en relación con el PIB, pasando a nivel del conjunto del Estado del 1,25% en 2009 al 1,21% en 2012. Una reducción que, aunque muy ligera, expresa la anterior reducción en términos absolutos del gasto en servicios sociales, ya que hace referencia a un volumen de PIB más reducido, como consecuencia del retroceso de la actividad económica registrada en estos años.

Esta reducción en términos globales y relativos del gasto público en servicios sociales, es la referencia más clara del estancamiento e incluso del retroceso del sector. Un retroceso especialmente grave teniendo en cuenta las circunstancias de empobrecimiento que afectan a cientos de miles de personas y familias.

Todas las partidas presupuestarias han sido objeto de recorte drástico, sin realizar prioridad relevante, lo que acentúa el carácter injusto y arbitrario de estas políticas. No hay que olvidar que los servicios sociales, aunque se dirigen a toda la población, focalizan su intervención sobre personas en situación muy vulnerable, que sufren de forma muy intensa la política de devaluación interna impuesta a nuestra economía y sus secuelas en forma de paro masivo (en torno al 25%) y elevación de los niveles de pobreza.

La Ley 39/2006 se reduce y se corre el riesgo de estrangular el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia. Se pospone a 2015 la incorporación de nuevos usuarios de Grado 1, es decir, dependientes moderados, con el objetivo, según el Gobierno, de agilizar la entrada de los grandes dependientes. Se reduce en un 15% la prestación económica de los cuidadores familiares, dejando libertad a las Comunidades Autónomas para agudizar esta reducción. Se modifican también las condiciones de retroactividad en el cobro de prestaciones y se eliminan las cotizaciones a los cuidadores no profesionales.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, va a dar el golpe de gracia a los servicios sociales en ese ámbito. Se sustrae a los Municipios la competencia en materia de servicios sociales que tenían en materia de prestaciones *“de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”*. Solo dispondrán de titularidad propia, sin perjuicio de poder disponer de ella por delegación, en materia de *“evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”*, a partir del 31 de diciembre de 2015, aunque se reserva la posibilidad de las Comunidades Autónomas de delegar las competencias de servicios sociales en los Municipios.

Esta reforma va en la línea de reducir el gasto en servicios sociales que, como antes vimos, no se encontraba ni siquiera en los niveles de la media de la Unión Europea, y tampoco parece eficaz para resolver los problemas sociales que tenemos. En efecto, la proximidad de las Entidades Locales a los ciudadanos es un buen criterio de asignación de competencias, pues los problemas y necesidades específicas de las personas más desfavorecidas se atienden con mayor calidad en el ámbito más local posible. Este principio, que reconocen todos los expertos, debería ser compatible con el debido rigor en las cuentas públicas, así como los controles de las Entidades superiores que financien estos programas. El principio de subsidiariedad, aplicado con éxito en otros ámbitos (Estados en relación a la Unión Europea, Comunidades Autónomas en relación al Estado...), debería haber sido el que inspirara esta Ley, pero no ha sido así.

Tampoco está demostrado que el nuevo modelo sea menos costoso para las Haciendas Públicas. Por el contrario, cuanto más lejos se tomen las decisiones en materia de servicios sociales mayor es el riesgo de institucionalización y marginación de los usuarios, mientras que los servicios sociales locales muestran una mayor tendencia a gestionar sus intervenciones con objeto de mantener e integrar a los usuarios en sus comunidades y domicilios.

6. LA LARGA MARCHA PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHOS BÁSICOS EN UNA SOCIEDAD MODERNA

El cuarto pilar del Estado de Bienestar, los servicios sociales y su universalización (incluida la dependencia), queda como una asignatura pendiente para el futuro. No son sólo razones de justicia social lo que avalan esta afirmación, sino también de carácter económico, como expresaré a continuación.

El sistema de Seguridad Social, particularmente el de pensiones y los Servicios Sociales, en general, no serán sostenibles si las tasas de actividad y los niveles de empleo en España continúan tan bajos y esto se debe en parte al raquitismo de las prestaciones sociales, a la falta de valor añadido de los factores productivos, a los bajos salarios y por supuesto con carácter previo, a la inaplicación de la legislación vigente, particularmente la fiscal (según datos de la OCDE estamos muy por debajo de nivel medio de los países que forman este organismo internacional, concretamente en siete puntos del PIB).

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo no será factible de una forma plena si no se cubren las necesidades sociales básicas de la población por los servicios sociales, generándose a su vez los denominados “empleos blancos”, en el propio sector social, facilitando empleo a los jóvenes.

La bajísima tasa de natalidad no es más que un perverso efecto colateral, que debe empezar a preocuparnos seriamente. Acudir al fácil expediente de la inmigración, nos traerá consecuencias no deseadas y ahora no suficientemente calibradas (como ya se ve con la segunda generación en otros países europeos).

Como ya se sabe, en base a experiencias comparadas, los diez años de crisis previsible nos traerán otros diez años de descomposición y debacle social que sufriremos inexorablemente en un proceso no exento de fuertes tensiones (incluida la violencia) y de dura recuperación y reeducación, donde los servicios sociales y los de prevención han de jugar un papel clave para la conservación de la democracia y de nuestra actual forma de vida. Adelantemos todo lo que podamos el ciclo, o lo acabaremos pagando caro.

Quisiera equivocarme en el análisis prospectivo que realizo, pero como persona relacionada a pie de calle con los grupos excluidos y en riesgo de exclusión y científico social, no tengo más remedio que poner de manifiesto lo que nos espera y cómo iniciar el camino de vuelta, que pasa por el empleo (políticas activas para jóvenes, parados de larga duración, personas con discapacidad, entre otros) y los servicios sociales universales como vía de redistribución y de cohesión social. El camino del incremento constante de la desigualdad nos lleva a un callejón sin salida, del que tenemos que salir lo más rápidamente posible. Para más detalles ver las teorías de Piketty (2014).

Los últimos estudios del FMI y de la OCDE¹ (marzo 2014) ponen de manifiesto que España es el país de la UE donde más ha aumentado la brecha social como consecuencia de la crisis, la desigualdad social es creciente, además de perversa

¹ “Informe Panorama de la Sociedad 2014”.

social y económicamente. Hemos de defender en España un modelo social —el europeo— que preserve unos estándares de cohesión social que garanticen la movilidad social y la igualdad de oportunidades.

Reitero que la desigualdad a largo plazo frenará las posibilidades de desarrollo económico de nuestro país, o dicho de otra forma, el incremento de la mencionada brecha social es un serio obstáculo para la recuperación económica, que a nivel micro no hace más que retrasarse y dilatarse en el tiempo (las previsiones del Servicios de Estudios del BBVA sobre la recuperación del empleo, a los niveles de 2007-08, recuperando los empleos perdidos, llevan al 2025).

Es necesario aplicar políticas sociales selectivas y dedicar recursos específicos para el rescate de los más desfavorecidos y/o en riesgo de exclusión para corregir las actuales tendencias sociales, que se prevé —si no hacemos nada— empeoren alarmantemente. No podemos ni debemos seguir con las políticas de austeridad impulsadas por Alemania y ejecutadas por la troika indefinidamente.

De esta forma se impone la prudencia en llevar a cabo más recortes, pues pueden agravarse indudablemente las dificultades de los más vulnerables, los hogares donde ya no trabaja nadie, las familias trabajadoras pobres, los niños (que son las generaciones futuras), etc. y echar a perder la cohesión social futura. Además, como ha puesto de manifiesto la OCDE hay que estar vigilantes para reducir el famoso “efecto Mateo”² en las políticas sociales, pues en estos momentos las transferencias públicas a las familias no están orientadas precisamente hacia los más necesitados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN BRACHO, M^a del Carmen. “Una perspectiva de los servicios sociales”. *Alternativas: cuadernos de trabajo social*, Núm. 2, 1993, pp. 195-205.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, *El Tercer Sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1998. Pp. 197 a 220 y 199 a 204.
- DE LORENZO GARCÍA, Rafael, *Discapacidad, sistemas de protección y trabajo social*, Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- GARCÍA, Gustavo, BARRIGA, Luis, RAMÍREZ, José Luis, SANTOS, Joaquín, (redactores), *Índice de desarrollo de los servicios sociales 2013*, Asociación Estatal de Directores y Gerentes de Servicios Sociales.

² DELEECK, H.: “L’effect Mathieu”, en *Droit Social*, num. 11. 1979.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Conferencia pronunciada en su investidura como Dr. Honoris Causa por la Universidad de Valencia. 2013.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, GARCÍA DELGADO, José Luis, GONZÁLEZ SEARA, Luis (Directores), *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España, Madrid*, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas, 1997. Pp. 529 a 598.

NAVARRO, Vicenc y QUIROGA, Águeda, *La protección social en Europa y su desconvergencia con la Unión Europea*, UIMP, 2003.

ORDUÑA PRADA, Mónica, *El Auxilio Social 1936-1940: la etapa fundacional y los primeros años*. ELDE - Fundación ONCE, 1996.

PIKETTY, T.: "Capital in the Twenty-First Century", The Belchap Press of Harvard University Press, 2014.

PIÑAR, J. L. y PÉREZ DEL REAL, Alicia. *Legislación sobre instituciones de beneficencia particular: fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1987.

Capítulo XIV

EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

José Ignacio Tejerina Alonso

Perteneciente al Cuerpo Superior de Técnicos
de la Administración de la Seguridad Social.
Subdirector General de Ordenación Jurídica
de la Seguridad Social (1991-2012)

1. ANTECEDENTES

La ordenación jurídica legal de nuestro sistema de la Seguridad Social fue inicialmente llevada a cabo por medio del texto articulado I de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, y conocido bajo la denominación de Ley de la Seguridad Social.

Años después, la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, introdujo importantes modificaciones en dicha ordenación, afectando, en mayor o menor medida, a todas las contingencias y situaciones protegidas en el citado sistema y a determinadas materias claves, como las relativas a financiación. Aun cuando por la rúbrica pareciera que dicha ley iba a limitar su aplicación al Régimen General, *“su contenido dispositivo y los principios de ordenación de la Seguridad Social hicieron que la misma viniera a afectar, con distinto alcance y en momentos diferentes, a los Regímenes Especiales”* (PEREDA Y DESDENTADO), por lo que dicha ley pasó a convertirse en un nuevo punto de partida para la regulación jurídica de la Seguridad Social, lo cual llevó aparejada la exigencia de una refundición legal, exigencia plasmada en la disposición final tercera de la propia Ley 24/1972, en la que se autorizó

al Gobierno a llevar a cabo la refundición de la misma con la Ley de la Seguridad Social de 1966, incluyendo en dicha tarea los demás preceptos reguladores de la materia de Seguridad Social que se hallaran recogidos en otras diferentes disposiciones de igual rango legal. Esto es lo que dio origen al texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

A partir de dicho momento y conforme es consustancial a todos los sistemas, continuó generándose una incesante producción normativa propiciada por el carácter dinámico que acompaña a la regulación de la protección social, obligada a intentar acomodarse permanente a una realidad social siempre cambiante. Esa pluralidad de normas sobrevenidas a lo largo del tiempo, además de hacer perder la vigencia de no pocas de las disposiciones integrantes del texto refundido de 1974, había venido produciendo un grado creciente de indeterminación en cuanto a la vigencia de diversas normas y, en consecuencia, respecto a la legislación aplicable en cada caso concreto, lo cual traía consigo una cierta inseguridad jurídica, que podía dar lugar a eventuales consecuencias negativas para los asegurados y beneficiarios de nuestro sistema.

2. LAS ENCOMIENDAS LEGALES DE UN NUEVO TEXTO REFUNDIDO EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La necesidad de poner remedio a tal situación, que lógicamente tendía a agravarse con el transcurso del tiempo, fue sin duda la razón que llevó a las Cortes Generales a recurrir a un acto de delegación legislativa a través de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecieron en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, en la que, por cierto, en función de la técnica legislativa seguida en su elaboración (incardinar nuevos preceptos en el articulado de la Ley General de la Seguridad Social), se daba ya un primer paso en ese propósito de refundir en un único cuerpo los preceptos legales reguladores del sistema de la Seguridad Social.

Dicha delegación figuraba en su disposición final primera, que constaba de tres apartados:

- En el primero se facultaba al Gobierno para que, en el plazo de dos años, procediera a la elaboración de un texto refundido que regularizara, aclarara y armonizara esa Ley 26/1990 con otros seis textos legales¹.

¹ Ley General de la Seguridad Social; Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre; Ley 40/1980, de 5 de julio; Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio; Real Decreto-ley 13/1981, de 20 de agosto; y Ley 26/1985, de 31 de julio.

- En el segundo se hacía una extensión de esa misma facultad refundidora para abarcar disposiciones relativas a la materia de Seguridad Social que se hallaran recogidas en normas legales pero no específicamente constitutivas de dicha parcela, a cuyo efecto se hacía una enumeración de las leyes concernidas (contenidas en una enumeración de diez leyes y un real decreto legislativo) y que se cerraba con una referencia genérica a las disposiciones de vigencia permanente contenidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.
- En el tercero y último se exceptuaba de las refundiciones aludidas las materias relativas a asistencia sanitaria y a protección por desempleo.

La discutible exclusión de la asistencia sanitaria, unida al insistente silencio en el que la sucesiva normativa sanitaria (salvo inicialmente y sólo a efectos de financiación) ha insistido en guardar en relación con la Seguridad Social², como si se tratara de un absurdo e inexplicable empeño en evitar una mínima e imprescindible coordinación entre ambos sistemas, trajo consigo la pervivencia aislada de los artículos 98 y siguientes del texto refundido de 1974 y una desmembración de esta parcela, que pasó a quedar arrinconada en un extraño territorio de nadie.

La exclusión del desempleo tuvo su fundamento en que, también sin dejar de formar parte de las contingencias y situaciones protegidas por el sistema de la Seguridad Social, desde la reforma estructural acometida por el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre³, dicha rama había pasado a distinguirse del resto de prestaciones del sistema a determinados efectos, como los de gestión y financiación, pasando también a disponer de una legislación específica⁴.

Con posterioridad, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, por medio de su disposición final segunda, vino a otorgar al Gobierno una doble autorización:

² A pesar de que las prestaciones que el Sistema Nacional de Salud ha venido y viene prestando se hallan, en su inmensa mayoría, configuradas como prestaciones del sistema de la Seguridad Social. El artículo 38 de la vigente Ley General de la Seguridad Social sigue considerando inequívocamente a la asistencia sanitaria como parte integrante de la acción protectora de la Seguridad Social.

³ Es decir, pocas fechas antes de ser proclamada la Constitución, en la que, en su artículo 41, se venía a configurar al desempleo como una (la única citada) de las situaciones a proteger por el régimen público de Seguridad Social al que se refiere dicho artículo.

⁴ Constituida, primeramente, por la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, y, después, por la Ley 31/1984, de 2 agosto, de 31 de julio, de protección por desempleo.

- por una parte, para regularizar, sistematizar y armonizar las disposiciones que en materia de protección por desempleo se contenían en ella, con las de los textos legales que de modo expreso se enumeraban⁵, lo que venía a corregir la decisión que en contra de refundir tal materia había establecido la precedente Ley 26/1990;
- y, por otra, para que el producto así obtenido se integrase en el texto refundido previsto en la citada Ley 26/1990, a cuyo efecto se procedía a prorrogar el plazo que ésta había otorgado para la aludida labor refundidora, cuyo término quedó fijado para el 31 de diciembre de 1993.

Finalmente, en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, en concreto en su disposición adicional decimocuarta, se autorizó al Gobierno para que la repetida refundición se extendiera también a las disposiciones que sobre la materia de Seguridad Social y protección por desempleo se contenían en la misma, procediéndose a una nueva ampliación del plazo disponible a tal efecto y que concluiría el 30 de junio de 1994.

Como consecuencia de esas habilitaciones sucesivas, la tarea refundidora vio por tres veces ampliado su ámbito material, lo que comportó otros tantos cambios en el contenido y estructura del texto en elaboración y que el tiempo que hubiera de dedicarse a la misma se prolongara por espacio de tres años y medio.

3. LAS DIFERENTES MODALIDADES CONSTITUCIONALES DE DELEGACIÓN LEGISLATIVA: ALCANCE Y LÍMITES

El apartado 1 del artículo 82 de la Constitución establece la posibilidad de que las Cortes Generales deleguen en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas, siempre que éstas no estén afectadas por una reserva de ley orgánica.

La aludida delegación legislativa admite, a tenor de lo previsto en el apartado 2 del mismo artículo, una doble modalidad de instrumentación: su otorgamiento por una ley de bases, cuando su objeto sea la formación de textos articulados, o por una ley ordinaria, cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

⁵ Ley 31/1984, de 2 de agosto; Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo; y artículo 111. Siete de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre.

Por lo que respecta a la segunda de las modalidades citadas, es decir, la refundición de textos legales, el citado artículo constitucional, en su apartado 5, establece también dos posibilidades alternativas entre las que se ha de optar, de modo expreso, en la autorización refundidora: el acto delegado o bien se puede circunscribir a una *“mera formulación de un texto único”*, o bien puede abarcar asimismo las facultades de *“regularizar, aclarar y armonizar”* los textos legales que hayan de ser refundidos.

El intentar abordar el mandato legal de cualquier tarea refundidora obliga ineludiblemente a plantear, con carácter previo, los posibles criterios a seguir en dicha labor o, dicho de otro modo, a discernir el margen de libertad del que puede disponerse en el ejercicio de esa actividad de refundición, en función del modelo de que se trate. Y eso es lo que debió afrontar el equipo de trabajo que asumió el compromiso de elaborar el correspondiente proyecto de texto refundido.

Es evidente que entre los dos modelos de refundición aludidos, el citado en último lugar otorga un mayor grado de maniobra que el permitido para una *“mera formulación de un texto único”*, que parece conectarse más con la actividad mecánica de concentrar en un solo texto las previsiones contenidas de modo disperso en diferentes disposiciones legales, mediante la simple yuxtaposición de las mismas, pero sin concesión alguna a aportaciones innovadoras que contravengan el respeto pleno al tenor literal de los preceptos a tratar. Consecuentemente, esta técnica refundidora se ha de reservar para supuestos muy concretos, en los que el material objeto de refundición fuera susceptible de ese sencillo tratamiento.

Por el contrario, la refundición que comporta regularizar, aclarar y armonizar es obvio que habilita a *“algo más”* que el simple reagrupamiento de normas. La cuestión se centraba, pues, en dilucidar el alcance y límites de ese plus que posibilita esta modalidad refundidora.

La ausencia de una definición constitucional de las diferentes modalidades de legislación delegada no facilitaba la delimitación de los perfiles de cada una de ellas ni permitía acotar de modo unívoco el alcance de los conceptos y términos utilizados en su regulación en el reiterado artículo 82 de la Constitución. Para superar dicha carencia fue preciso acudir a las construcciones jurídicas que en aquellos momentos (principios de los años 90) se hallaban elaboradas por las doctrinas jurisprudencial, científica y la emanada del Consejo de Estado.

El común de tales doctrinas, en principio, concebía en términos restrictivos la capacidad innovadora atribuible a esta manifestación de legislación delegada. El texto refundido, declaraba el Tribunal Supremo, *“carece de eficacia jurídica para poder*

*modificar o efectuar innovaciones en aquél (texto legislativo directo)*⁶. Años después, la misma Sala del Tribunal Supremo precisaba que “... el Real Decreto legislativo es un texto refundido y por lo tanto su valor de ley y su función sustitutoria de la legislación anterior sólo puede predicarse en tanto en cuanto refunda en su texto único la diversa legislación anterior. La función constitucional del texto refundido no es innovar en el ordenamiento jurídico y en consecuencia no puede postularse una interpretación de sus normas que conduzcan a ese resultado”⁷.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado vino a establecer que “aun en el caso de que se extienda (la tarea de refundir) a regularizar, aclarar y armonizar, los textos refundidos no vienen a innovar nada, sino a poner en orden lo ya vigente”, por contraposición a los textos articulados dictados en el ejercicio de la tarea de legislar⁸, porque, en definitiva, la facultad de “regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones a refundir no habilita al Gobierno para dictar nuevas normas, ni para introducir previsiones que no encuentren su fundamento en los textos a fusionar ni para incorporar al texto disposiciones reglamentarias ni, en fin, para degradar el rango de disposiciones legales y calificarlas de reglamentarias, excluyéndolas de la refundición”⁹.

En oposición también a la facultad de innovación se habían pronunciado también distintos administrativistas. Así, VILLAR PALASÍ Y SUÑÉ LLINÁS puntualizaban que las reiteradas voces de regularizar, aclarar y armonizar “conllevar una clara connotación de mera mejora de redacción o de sistemática, pero jamás pueden hacer posible el quebrantamiento del espíritu de las normas a refundir”, por lo que dichos autores venían a concluir en que los textos refundidos nunca pueden innovar el ordenamiento jurídico. Abundaba en semejante idea DE LA QUADRA SALCEDO al manifestar que la delegación es más formal que otra cosa, pues, en sustancia, consiste en decidir sobre la forma en que se reúnen en un texto único previsiones normativas materiales sobre las que el Gobierno no tiene libertad para configurar los contenidos normativos, al carecer de capacidad de decisión al respecto.

Limitada en los expresados términos la capacidad general de innovación, ello no eliminaba que también parte de esa misma doctrina científica atribuyera a la tarea de refundición capacidad para aportar un “novum” importante.

En esta dirección apuntaba GARCÍA DE ENTERRÍA cuando mantenía que la labor refundidora implica un “aliquid novi”, también de contenido, sobre la situación anterior. El texto refundido, en palabras de dicho autor, “supone siempre un juicio de fondo

⁶ STS, Sala 3ª, de 27 de enero de 1979.

⁷ STS, Sala 3ª, de 20 de enero de 1992.

⁸ Dictamen num. 43.064, de 20 de enero de 1981.

⁹ Dictamen num. 49.383, de 11 de diciembre de 1986.

sobre la interpretación sistemática de las reglas refundidas”. Lo cual, sobre todo en los supuestos en que se autoriza a regularizar, aclarar y armonizar, *“permite la explicitación de normas subsidiarias allí donde existían lagunas legales y siempre una depuración técnica, una aclaración, una armonización de preceptos, y una eliminación de discordancias y antinomias”*. En consecuencia, es esa innovación, por restringida o limitada que sea, lo que precisamente justifica y da sentido a la delegación legislativa.

En paralelo con tal criterio, el Tribunal Constitucional, valorando los términos *“regularizar, aclarar y armonizar”*, vino a determinar que, siendo entre sí sustancialmente equivalentes, permiten que en la tarea refundidora se puedan introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, aunque estableciendo importantes límites a dicha actuación: *“siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido”*¹⁰.

También en la doctrina del Consejo de Estado podía apreciarse cierta flexibilidad, al haberse expresado con respecto a la repetida función refundidora que *“la labor del Gobierno no se agota en la mera transcripción sistemática de las normas vigentes con el único fin de facilitar el manejo de las mismas, sino que trata de lograr la integración de dichas disposiciones en un texto único, regular, claro y armónico”*, si bien que puntualizándose seguidamente que *“ello no significa que puedan ser acogidas en el texto refundido auténticas innovaciones que supongan un desarrollo de los preceptos que han de refundirse o que deban inspirar la refundición, pues equivaldría a dar rango de Ley formal a normas para cuya imposición con ese carácter no tiene el Gobierno delegación suficiente”*¹¹.

En consideración a todo lo expuesto, podría concluirse con la síntesis que efectúa SANTAMARÍA PASTOR, según el cual *“la directriz que debe presidir la refundición puede expresarse muy simplemente: lograr un producto de la mayor calidad normativa posible en punto a unidad, coherencia interna y sistema, pero respetando al máximo los materiales legislativos que han de ser refundidos”*, lo que remataba advirtiendo: *“la idea es tan fácil de enunciar como difícil de llevar a la práctica”*.

4. DIFICULTADES EN LA TAREA DE REFUNDICIÓN ENCOMENDADA

De entre los posibles modelos de delegación legislativa a los que se ha hecho mención en el apartado anterior, la Ley 26/1990 optó por el último de los enunciados, es decir, el

¹⁰ STC 13/1992, de 6 de febrero, F J 16.

¹¹ Dictamen num. 48.862, de 7 de abril de 1985.

que comporta la capacidad para regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones que han de constituir el objeto de la refundición. Este fue, lógicamente el criterio también seguido en las otras dos posteriores leyes delegantes por las que se vinieron a ampliar tanto el ámbito material de la refundición como los plazos temporales para poder llevarla a cabo.

Parece obvio que no cabía en este caso otra posible modalidad de refundición. La opción por la *“mera formulación de un texto único”* hubiera resultado claramente insatisfactoria, habida cuenta la multiplicidad y falta de homogeneidad de los instrumentos legales a considerar, que demandaban un tratamiento más allá de un simple agrupamiento o aglomeración de normas.

Las mayores dificultades a las que se ha de enfrentar el refundidor surgen no sólo en la tarea de seleccionar el material normativo que debe ser refundido, sino, de modo especial, a la hora de entrar a valorar las diversas normas concurrentes y determinar con certidumbre si se da o no desavenencia entre ellas y, en su caso, cuáles de ellas prevalecen y deben considerarse como vigentes, tarea ésta no exenta de riesgos y que, en ocasiones, puede resultar de especial complejidad.

Estas dificultades, comunes ante cualquier proceso refundidor, adquirirían una mayor dimensión en la tarea encomendada en materia de Seguridad Social como consecuencia de diversas causas y circunstancias, entre las que cabe resaltar:

- **El largo lapso de tiempo transcurrido entre las fechas de entrada en vigor de las distintas normas a refundir.** El anterior texto refundido databa de 1974, lo que hacía que llegara a la veintena de años la separación que se producía con respecto a la “edad” de algunas de las normas a considerar.
- **El elevado grado de producción normativa.** La circunstancia temporal antes mencionada adquiriría su verdadera dimensión teniendo en cuenta la producción legislativa incesante que se había experimentado durante esa veintena de años, lo que, a diferencia de otras parcelas jurídicas, de mucha mayor estabilidad, es consustancial al ordenamiento de la Seguridad Social. Si eso se explica por la imperiosa necesidad de que éste sea adaptado, con la mayor celeridad posible, a los cambios sociales y si bien es cierto que dichos cambios fueron abundantes y sustanciales en el expresado período, no es menos cierto que cuesta poder entender la efímera vigencia de algunas normas, fruto de cierta propensión a legislar en exceso y a producir reforma de lo recientemente reformado¹². Buena prueba de esa dinamicidad viene dada por el hecho de que

¹² Según venía a mostrar lo acaecido con una de las leyes a refundir, la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, algunos de cuyos artículos tuvieron una vigencia inferior a un año, al ser derogados por el Real Decreto-ley 10/1981, de 19 de junio.

en el curso del proceso de refundición fue preciso recurrir en dos ocasiones a prorrogar el plazo otorgado, con nuevas habilitaciones delegantes, con la finalidad de incorporar, además de la materia del desempleo (inicialmente excluida) otras novedades legislativas surgidas en ese período.

- **La dispersión normativa.** Al elevado número de normas a considerar ha de unirse el hecho, tampoco habitual en otras parcelas del ordenamiento jurídico, de que no pocas de ellas se contenían en cuerpos legales en los que por su rúbrica difícilmente cabría deducir la existencia en su seno de ocasionales previsiones en materia de Seguridad Social. Era el caso de diversas normas cuyo contenido sustantivo y mayoritario se refería a la regulación de ámbitos totalmente ajenos a la protección social¹³.
- **La disparidad de los principios informadores de los diferentes textos legales.** Fruto también de la amplitud temporal que abarcaba esta refundición, se agravaba en este caso el problema de concurrencia de principios no uniformes. Es de advertir que la mayor parte de las normas contenidas en el texto refundido de 1974 se fundamentaban en los principios establecidos en la Ley de Bases de 1963, lo que llevaba a incrementar la distancia a más de una treintena de años, y que en ese largo período se produjo la aprobación de la Constitución de 1978, de todo lo cual cabe deducir la oposición o, cuando menos, falta de sintonía que necesariamente se había de presentar entre principios de una y otra época.
- **La técnica reformadora seguida.** Salvo en supuestos aislados¹⁴ y a diferencia de lo que se produciría a partir del año 1994, la técnica seguida en la mayor parte de las reformas introducidas poco o nada facilitaba una tarea refundidora. De manera habitual las aludidas reformas no venían vinculadas de modo concreto y expreso con los preceptos o disposiciones afectados por aquéllas, mediante una nueva redacción de los mismos. Por dicha circunstancia, como ya ocurriera en la refundición de 1974, la primera tarea consistía en tratar de descubrir qué artículo o artículos de la Ley General de la Seguridad Social quedaban modificados y en qué medida, cuando no derogados por completo (PEREDA Y DESDENTADO). Probablemente por la inseguridad que suscita operar en este campo, se vinieron omitiendo sistemáticamente tablas de vigencia y se había recurrido con harta frecuencia a fórmulas descomprometidas para derogar “in

¹³ Como vendría a representar, por ejemplo, la Ley del Deporte.

¹⁴ Caso de la propia Ley 26/1990, de algunos contenidos de ciertas leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado o de las normas de protección por desempleo.

genere” cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opusieran a lo en cada momento dispuesto. Esa falta de identificación de las normas afectadas originaba un mayor grado de dificultad conforme se sucedieron reformas sobre reformas, hasta el punto de hacer difícilmente identificable la norma a aplicar a un determinado supuesto.

También encuadrable en este mismo apartado cabría mencionar el problema derivado del entonces recurso continuado a las consecutivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado para introducir reformas sustantivas e intemporales en el ordenamiento de la Seguridad Social. Con independencia del respaldo jurisprudencial que dicha práctica había venido recibiendo, es evidente también que la dificultad en la determinación de qué había de entenderse por *“disposiciones con vigencia permanente”* en dichas leyes (como demostraban los bandazos interpretativos que dicha cuestión llegó a originar) constituía un factor añadido de complejidad en la tarea de seleccionar el material susceptible de ser refundido.

Con todas estas dificultades, derivadas de las circunstancias que acaban de enumerarse, se hubo de asumir la tarea, que no cabía diferir para una posterior ocasión ni traspasar a otro responsable, de precisar el conjunto de disposiciones que habrían de considerarse en la demandada refundición. Por fundadas que fueran las dudas que surgieran y con el inevitable riesgo que ello conllevaba, no hubo otra opción que tomar postura al respecto.

5. EL RESULTADO FINAL: EL TEXTO REFUNDIDO DE 1994

5.1. Los criterios seguidos en su refundición

Partiendo de los presupuestos que han quedado anotados y de los términos restrictivos con que en general se concebía por las doctrinas mencionadas la capacidad innovadora o creativa atribuible a la manifestación de legislación delegada constituida por la refundición de textos, la tarea refundidora se llevó a cabo respetando al máximo los condicionamientos más estrictos. Incluso en detrimento de otros eventuales valores, se intentaron restringir totalmente las opciones que pudieran dar pie a su calificación como nuevo acto de legislar.

Y dicha orientación se intentó llevar hasta sus últimas consecuencias, a pesar de que la diversidad de normas concurrentes y la apreciable disparidad que en ocasiones se daba entre los principios informadores de las diferentes previsiones legales

(muchos de ellos anteriores en quince años a la Constitución) hacían que la mera acción mecánica de agrupamiento de normas comportara un resultado jurídicamente no del todo satisfactorio e incitaba a recurrir, mucho más de lo practicado, a la regulación *ex novo* de algún aspecto o a introducir un *novum* de contenido, lo que pudiera quizá haber resultado comprendido dentro de los márgenes de aceptación.

El absoluto respeto hacia los textos a refundir únicamente quedó parcialmente relegado sólo para completar ciertas lagunas que implicaban desequilibrios perjudiciales, para homogeneizar y depurar técnicamente algunos términos o para eliminar determinadas previsiones que, aun no derogadas, habían perdido su eficacia por el transcurso del tiempo.

5.2. Su ámbito material

La delimitación del ámbito material de la refundición a efectuar venía en buena medida determinada en las propias leyes delegantes, en los términos ya señalados con anterioridad.

Según la primera de tales leyes (la Ley 26/1990), y de acuerdo con el apartado 1 de su disposición final primera, la refundición habría de afectar a los textos legales en él enumerados, que de común tenían, además de su rango legal, formal o material, el estar destinados en su integridad a regular distintos aspectos en materia de Seguridad Social. Por tanto, dicha relación había de entenderse como un catálogo tasado, que no admitía ser ampliado por la consideración de otras leyes distintas de las citadas.

En su apartado 2 se hacía referencia a otro conjunto de normas que, aun regulando aspectos de la Seguridad Social, se contenían en textos legales no circunscritos a dicha materia. En algunos casos se trataba de leyes destinadas a regular otras parcelas diferentes, en las que sólo de modo incidental se trataban cuestiones de Seguridad Social. Lógicamente sólo estas últimas habrían de ser las susceptibles de consideración a efectos de refundición. También en este caso se procedía a hacer una enumeración de textos legales, pero sin el carácter limitativo predicable del listado del apartado 1, lo cual cabía deducir no sólo de la indeterminación de algunos de los supuestos enunciados (*"Leyes de Presupuestos Generales del Estado"*, *"in genere"*, cuando obviamente sólo habría de afectar a algunas de ellas) sino, sobre todo, por el término *"expresamente"* que encabezaba dicha relación dicha relación y que daba a entender la posibilidad de considerar implícita o tácitamente, a efectos de refundición, otras disposiciones distintas de las citadas en este apartado.

Cabe suponer que el poder delegante aspiraba también en esta ocasión a suministrar una relación exhaustiva y no meramente a título de ejemplo y abierta a todo tipo de ampliaciones, en razón, sobre todo, a las exigencias de precisión material o de contenido que comporta el acto de delegación. No obstante, la abundancia, complejidad y dispersión de esta materia provoca tradicionalmente un grado de inseguridad generalizada, que también se supone en aquella fase de delegación y que probablemente fuera la causa que aconsejara la conveniencia de dejar entreabierta la puerta a alguna disposición silenciada por olvido en el conjunto catalogado, en la convicción de que en todo caso habrían de ser mínimas las eventuales ampliaciones.

Por consiguiente y a pesar de las cautelas y recelos con que se acogía por parte de la doctrina administrativista los supuestos de delegación indeterminada, habría que considerar en este caso la existencia de capacidad para refundir, si procediera, alguna otra norma que pudiera contenerse en texto legal distinto a los explícitamente recogidos en este apartado 2, sin que por ello cupiese entender contravenidos los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada que se previenen en el texto constitucional, en relación con la necesidad de que dicha delegación se efectúe *“para materia concreta”* (artículo 82.3).

A través de la segunda ley delegante (Ley 22/1992), y tal y como ya quedó dicho, se autorizaba a incorporar en el producto de la refundición las normas que se citaban, relativas todas ellas a la parcela de la protección por desempleo, ampliando asimismo el ámbito de actuación de la facultad refundidora para incorporar al mismo las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 1991 y 1992, en lo relativo a sus respectivas disposiciones de vigencia permanente y que se refirieran a materia de Seguridad Social.

En la tercera y última ley delegante (Ley 22/1993), y según también quedó ya antes apuntado, habilitaba para que quedaran asimismo integradas en el texto refundido las disposiciones que, relacionadas con la Seguridad Social y el desempleo, se contenían en ella.

En su consecuencia, fueron consideradas a efectos de refundición todas las disposiciones hasta aquí mencionadas, a las que hubo de añadirse algunas no recogidas de modo explícito en las leyes de delegación, pero susceptibles de consideración por la habilitación tácita con la que se contaba.

Se suscitó una duda con relación a la posibilidad de considerar normas legales que entraron en vigor con posterioridad al último de los actos de delegación, que fue resuelta afirmativamente de acuerdo con el parecer del Consejo de Estado. Ma-

nifestaba éste en su preceptivo Dictamen¹⁵ que *“la refundición, en efecto, no puede llevar a la aprobación de un texto refundido contrario al derecho constituido y vigente y tampoco a omitir ... lo que resulta necesario para alcanzar la finalidad prevista ... No puede entenderse en este supuesto que, delimitados la materia concreta y el ámbito normativo de la delegación, caigan fuera de la autorización delegantes las leyes que, perteneciendo a la materia y al ámbito normativo determinados, han introducido en ellos alteraciones. En último extremo, el texto refundido, en cuanto recoge estrictamente lo sancionado por ley formal, actúa reflejando lo que por propia naturaleza y voluntad legislativa forma parte del ordenamiento de la materia”*. Estos argumentos llevaron a estimar que *“aun obrando dentro de una técnica refundidora de respeto obligado a la delegación, ésta ha de ser aplicada con buen sentido”*, lo cual no sólo posibilitaba sino que imponía recoger en el texto refundido la legislación posterior a la fecha de la ley delegante, sin que pueda decirse *“que se incurra con tal proceder en exceso “ultra vires”, sino que se muestra acatamiento obligado a lo legislado y al propósito insito en la delegación, aparte de servir a exigencias de seguridad jurídica”*. Por todas estas consideraciones el Consejo de Estado insistió sobre la necesidad de incorporar en el proyecto de texto refundido en tramitación las innovaciones que en la materia objeto de refundición se hubieran producido en las Leyes de Presupuestos para 1993 y 1994, *“ya que aquellas disposiciones no son un añadido extraño a la materia de la Seguridad Social, exigente de invocación o llamamiento expresos para su inclusión en ella, sino piezas que se insertan por sí en el ámbito normativo propio de la Seguridad Social, con la articulación sistemática en algún sector fundamental de la misma”*, ampliación que también hacía extensible, incluso, con respecto a *“cualquier reforma legal que pudiera producirse en el próximo futuro, antes de la aprobación del texto refundido, que afecte a su contenido (a la materia y al ámbito normativo) ... ya que la refundición deberá ofrecer una versión correspondiente al día de su aprobación”*.

A tenor de todos estos criterios, el número de disposiciones que, de manera total o parcial, fueron objeto de refundición se elevó a treinta y siete.

5.3. Su estructura

Conforme lo ya dicho, la Ley 22/1992 contenía dos autorizaciones que comportaban actuaciones diferenciadas en el tiempo: en una primera fase, habría de abordarse la sistematización de las diferentes disposiciones legales reguladoras de la protección

¹⁵ Dictamen num. 420/1994, de 12 de mayo de 1994.

por desempleo; y, en un momento ulterior, se debería integrar el producto refundido en el cuerpo legislativo para el que se habilitaba en la Ley 26/1990.

La previsión de este doble proceso no podía entenderse sino como expresivo de que esa integración en un único texto refundido no habría de implicar el fin de la separación que, en el curso de los últimos años¹⁶, había venido caracterizando la regulación de la protección por desempleo, por una parte, y el resto de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, por otra. El legislador delegante debió vislumbrar que las diferencias existentes en ciertos aspectos instrumentales (presupuestarios, financieros y de gestión) entre una y otra parcela impedían llevar a cabo una refundición plenamente integradora de ambas parcelas.

A tenor de tal planteamiento, en el texto refundido se distinguieron esos dos bloques, reservando el último de los tres Títulos en que se estructura para la regulación de la protección por desempleo.

El Título I, referido a las normas generales del sistema, quedó estructurado en nueve Capítulos, disminuyendo en uno el número que tenía el precedente. El que en éste figuraba como IX y contenía normas sobre prescripción, caducidad, prelación de créditos y otras materias afines fue suprimido, pasando su contenido a ser repartido, en función de la materia, entre los Capítulos III (Afiliación, cotización y gestión) y IV (Acción protectora). Esa casi plena correspondencia entre Capítulos no significó equivalencia entre artículos, como consecuencia del notable incremento de previsiones incorporadas, específicamente en relación con algunas materias, que convirtieron los 60 artículos originarios en los 96 que se incluyeron en esta nueva versión del texto refundido. Las materias que fueron objeto de mayor ampliación fueron las de recaudación y gestión, en concreto en lo relativo a la colaboración en la gestión, tanto de las mutuas como de las empresas, ya que, al considerar que tal colaboración no quedaba circunscrita al ámbito del Régimen General, se pasó a este Título I lo que en el precedente figuraba sobre tal materia en el Título II, corrigiendo de ese modo lo que doctrinalmente se había considerado como una imperfección técnica del anterior texto refundido.

Con respecto al Título II, destinado al Régimen General, aun cuando fue preciso eliminar los Capítulos IV y XI del antecedente, referidos, respectivamente, a asistencia sanitaria (materia expresamente excluida de la refundición) y desempleo (objeto de tratamiento en el Título III), los restantes, con idéntica o semejante rúbrica, se mantuvieron tal cual se recogían en el anterior texto. Tampoco en este caso esa aparente

¹⁶ Separación que, ya quedó dicho con anterioridad, se inició con el Real Decreto-ley 36/1978 y se consolidó con la Ley 51/1980

correspondencia de estructura venía a implicar una plena identidad de contenidos, como prueba el hecho de que los 156 artículos del precedente quedaron reducidos a 106, reducción debida, entre otras causas, a que el tratamiento unitario, para todo el sistema, de algunas materias obligó a trasladar a este Título lo que en el precedente figuraba regulado sobre ellas en el Título II, caso de las normas sobre recaudación, como ejemplo característico (además de lo ya citado con referencia a la gestión).

En relación con el Título III, relativo a la protección por Desempleo, se siguió en buena medida la estructura del precedente, constituido esta vez por la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

Los 234 artículos de los que se dotó al nuevo texto refundido fueron completados con 24 disposiciones adicionales, 13 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 7 disposiciones finales.

6. EPÍLOGO

Y es en los términos descritos cómo, tras las vicisitudes que han quedado relatadas, aparecía publicado en el Boletín Oficial del Estado del 29 de junio de 1994 el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley General de la Seguridad, cuya adecuación al principio de legalidad y el rigor mostrado en su respeto a los dictados de la buena técnica normativa fueron puestos de manifiesto en términos de elogio desde distintas instancias¹⁷.

La idea de llevar a cabo una refundición en materia de Seguridad Social, que inicialmente partiera y fuera impulsada desde la Secretaría General para la Seguridad Social, fructificaba al fin y venía a propiciar la conjunción de un montón de disposiciones desperdigadas en un solo texto comprensivo de la principal normativa legal reguladora de la materia.

En atención a su propia denominación, la Seguridad Social requiere una preocupación prioritaria hacia lo “social”, pero sin descuidar al mismo tiempo la necesidad de “seguridad”, entendible en su acepción de certeza o conocimiento seguro y claro de algo, que en esta ocasión cabría también relacionar con la normativa en virtud de la cual se ha de llevar a efecto el reconocimiento de los derechos otorgados por

¹⁷ Como, por ejemplo, en el citado Dictamen emitido al efecto el 12 de mayo de 1994 por el Consejo de Estado, en donde se vino a expresar que se trataba de “una refundición claramente ajustada a la legalidad existente en la materia recogida”, o en la valoración efectuada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

dicha institución, lo que, en definitiva, enlaza con el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución.

Pues bien, sin duda que el texto refundido de 1994 contribuyó de manera notable en el incremento de esa seguridad jurídica, tan necesaria no sólo para funcionarios y otros operadores jurídicos en esta rama del Derecho, sino, de modo prioritario, para una mejor garantía de la protección de los trabajadores y demás beneficiarios de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Quinta edición. Madrid: Civitas, 1989. P. 274.
- DE PEREDA MATEOS, Alberto y DESDENTADO BONETE Aurelio. Estudio del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Ley General de la Seguridad Social Texto Refundido*, pp. 24 y 83. Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones. 1974.
- DE LA QUADRA SALCEDO, Tomás. La delegación legislativa en la Constitución, *Estudios sobre la Constitución española I*, p. 368. Madrid: Civitas 1991.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: 1988. P. 673.
- VILLAR PALASÍ, José Luis y SUÑÉ LLINÁS, Emilio. *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*. Tomo VII. Madrid: Edersa, 1985. P. 108.

Capítulo XV

EL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Rafael de Lorenzo García

Secretario General del Consejo General de la ONCE

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Siempre es motivo de alegría el participar en el alumbramiento de una obra jurídica colectiva como es: “Protección Social: Seguridad Social-Discapacidad”. Pero ese motivo de congratulación alcanza una nueva dimensión cuando se realiza en reconocimiento a una persona como Adolfo Jiménez que, además del afecto y amistad que muchos le profesamos, simboliza una trayectoria de profesionalidad en el servicio público y el interés general; un abanderado de la modernización y consolidación de los sistemas de protección social y, singularmente, del sistema de la Seguridad Social Española, y una persona comprometida con los principios de la honestidad personal, el espíritu emprendedor, la lealtad institucional y una inquebrantable vocación por lo social y, especialmente, por los colectivos más desfavorecidos como el de las personas con discapacidad.

La publicación y entrada en vigor el pasado mes de diciembre del Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba la nueva Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social sugiere la oportunidad de abordar un primer comentario, necesariamente de urgencia, sobre esta relevante novedad legislativa, no tanto sobre su capacidad de innovación normativa, sino al meritorio esfuerzo de proceder a la actualización y homogeneización de un conjunto de leyes dictadas en desarrollo del artículo 49 de la Constitución.

La moderna etapa de protección jurídica de las personas con discapacidad arranca tras el novedoso artículo 49 de la CE que, siguiendo el reciente precedente de

la Constitución portuguesa, incluye el catálogo de principios rectores de la política social y económica de la Carta Magna a la protección de un colectivo, como el de las personas con discapacidad, que había estado legislativamente casi olvidado en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 49 inaugura una nueva etapa de enorme potencialidad interpretativa y transformadora de la realidad del derecho español como comentaremos más tarde.

El mandato constitucional del artículo 49 a la luz del 53, conduciría bien pronto a un desarrollo legislativo materializado en la ley 13/1982 de 7 de abril de integración social de los minusválidos que implicó un notorio avance en nuestro sistema jurídico y que, acogiendo el modelo médico-rehabilitador de atención a las personas con discapacidad, implementó un elenco de respuestas de carácter prestacional que marcaron el devenir de la protección de este grupo humano durante más de 20 años y que propició un imponente desarrollo reglamentario en materias de gran alcance tales como: las prestaciones económicas; la educación especial; la integración laboral y la eliminación de barreras, por citar algunos de sus principales hitos.

El nacimiento del CERMI en 1993, aunque su institucionalización, asociación no se produjo hasta 1997, trajo como consecuencia una espectacular dinamización del papel de las personas con discapacidad y la consecución de un instrumento unitario de acción, reivindicación e interlocución que propició un definitivo impulso al vasto abanico de posibilidades que los nuevos tiempos propiciaban para las políticas sociales. El CERMI, de forma directa, y/o a través de su participación en el Foro Europeo de las Personas con Discapacidad jugó un rol destacado, no sólo en las iniciativas normativas de ámbito nacional, tales como, especialmente, el primer Plan de Formación y Empleo pactado con el Ministerio de Trabajo y que se erigió en el gran referente de la Cumbre de Luxemburgo de 1997 en materia de empleo, entre otros logros; sino también en proyectos de gran alcance en el entorno de la Unión Europea, como por ejemplo: el intento de constitución Europea; la inclusión de la discapacidad entre los supuestos de no discriminación del artículo 13 del Tratado; la inclusión de la igualdad y no discriminación a favor de las personas con discapacidad en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de Niza y, en fin, en otros proyectos de gran significación como fueron las directivas europeas de no discriminación en el empleo y otras que acabaron transponiéndose al derecho español. Este empuje del movimiento social organizado de la discapacidad en España se tradujo en 2003 en la aprobación de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal que comportó un giro copernicano respecto de la interpretación del artículo 49 CE, pasando desde el modelo médico-rehabilitador al modelo social, basado en los derechos humanos que dio pie a que se promulgara la referida ley que, junto a la transposición de la directiva europea en materia

de empleo realizada en la Ley 62/2003, inauguraron un nuevo periodo histórico de protección de las personas con discapacidad con base en los principios de igualdad, no discriminación y acción positiva. Esta norma tuvo su desarrollo y continuidad en La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones de la LIONDAU y desplegó sus efectos múltiples sobre una panoplia de nuevas iniciativas legislativas tales como la Ley de autonomía personal y protección de la dependencia, entre otras. Esta misma diversidad y abundancia normativas demandaron pronto la conveniencia de sistematizar y unificar todos estos textos normativos, necesidad que encontró respuesta adecuada tras la incorporación de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de la discapacidad, en nuestro derecho interno, que tuvo su correlato en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, mediante la promulgación del Real Decreto legislativo 1/2013, que aprobó la Ley General de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Por tanto, en estas páginas abordaremos un comentario obligadamente epidérmico de este nuevo texto normativo al que le da soporte el Real Decreto legislativo 1/2013, si bien, y a riesgo de extenderse en exceso en el desarrollo de este capítulo, será preciso asomarse, aunque discretamente, al sentido y alcance que el artículo 49 CE ha adquirido como consecuencia del giro interpretativo derivado de la Ley 51/2003 y de la Convención de Naciones Unidas para las personas con discapacidad.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS DESARROLLOS LEGISLATIVOS

Antes de entrar en el contenido principal de este trabajo que desarrollaremos en el apartado siguiente, resulta obligado hacer una incursión sobre el significado y alcance del artículo 49 CE ya que se ha configurado como la clave de bóveda de todo el sistema jurídico constitucional de protección a las personas con discapacidad y en el referente obligado para sus ulteriores desarrollos por el legislador.

Se ubicaba en su momento este artículo 49 de nuestra Constitución en la moderna corriente del constitucionalismo comparado que buscaba que la sociedad, a través de los poderes públicos, ayude a garantizar un nivel adecuado de subsistencia a quienes pueden contar con dificultades para ello.

Por una parte, el texto constitucional deseó que determinados sectores un tanto marginados de la sociedad española se vieran protagonistas directos de la Constitución; entre ellos se encontraba el colectivo de personas con discapacidad. Por otra, la Constitución deseó expresar hasta extremos muy considerables los distintos puntos

en que debía expresarse ese modelo de “sociedad democráticamente avanzada” y ese modelo de Estado de Derecho que garantizara “un orden económico y social justo” de que habla el preámbulo constitucional.

Es verdad que muchos de estos artículos “sociales”, y en concreto el 49, fueron desde un inicio caracterizados como voluntaristas, al expresar la voluntad e incluso el compromiso de llevar a cabo por parte de los poderes públicos la política social y asistencial que en ellos se detalla, pero al no configurar verdaderos derechos subjetivos directamente esgrimibles por los particulares.

No obstante ello en absoluto puede obviar, sino todo lo contrario, su trascendental carácter informador, programático y de mandato y compromiso efectivo para los poderes públicos que este precepto conlleva.

En todo caso, esa misma vertiente “pedagoga” del texto constitucional, encontraba su apoyo en declaraciones y textos normativos de ámbito internacional, unos generales y otros más específicos, sobre derechos sociales, como: Carta Social Europea de 1961, Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de la ONU de 1971, o Declaración de los Derechos de los Minusválidos de la ONU de 1975.

Pues bien, el resultado fue sin ningún lugar a dudas un tenor literal muy enérgico que no pretendía una protección convencional de las personas con discapacidad, que se hubiera limitado a aspectos parciales, sino una protección integral, esto es, que vaya desde las meras medidas reparadoras a la integración social de cualquier discapacitado en sus potencialidades. En el precepto constitucional citado se está expresando un compromiso, pero un compromiso destinado a ser plenamente efectivo y que, de serlo efectivamente, tenía como finalidad colocar a España entre los países que se encuentran a la cabeza en la promoción de las personas con discapacidad físicos, sensoriales y psíquicos.

Pero la potencialidad del artículo 49 ha permitido, con el transcurso del tiempo, evolucionar hacia otros enfoques más globales y entroncados con la esencia de los derechos humanos y con los principios de dignidad, igualdad y no discriminación.

El tratamiento de los derechos de las personas con discapacidad en el plano del derecho internacional y la Unión Europea así como dentro de nuestro país permiten articular un planteamiento que le da un nuevo enfoque y orientación a la interpretación de los derechos sociales, en concreto respecto del colectivo de las personas con discapacidad.

En efecto, la primera ley post-constitucional a favor de las personas con discapacidad fue la Ley de Integración Social de los Minusválidos, Ley 13/82, de 7 de abril, en

la cual, y de conformidad con su artículo primero, todo el fundamento constitucional pivotaba sobre el artículo 49 de la Carta Magna.

Dicha Ley contiene un mandato claro al legislador y encierra un marcado carácter prestacional que persigue la facilitación de medios e instrumentos a personas con discapacidad para hacer frente a las dificultades derivadas de la discapacidad misma. Este mandato a los poderes públicos exige una acción positiva de aquéllos en favor de este colectivo de personas. (Obsérvese que de la propia estructura de la Ley se infiere fácilmente su contenido prestacional en cuanto a las prestaciones sociales y económicas, cooperación, diagnóstico, rehabilitación, empleo, servicios sociales, etc.)

Esta configuración prestacional de este derecho social trae al menos, en cuanto a su eficacia, las siguientes consecuencias jurídicas:

- Los sujetos obligados a desarrollar dichas prestaciones son los poderes públicos y no los sujetos privados (individuos, empresas, organizaciones, etc.) con lo cual el alcance del mandato es muy limitado.
- El contenido de las prestaciones depende enteramente de la discrecionalidad del legislador; por ello, la oferta de prestaciones dependerá de las disponibilidades económicas, de las preferencias o sensibilidades u orientaciones políticas del legislador e incluso la estabilidad misma del mantenimiento de tales prestaciones.
- Los mecanismos de garantía y protección serán exclusivamente los contemplados en el artículo 53.3 de la Constitución dada la ubicación de la protección de las personas con discapacidad en el artículo 49 que se encuentra dentro del Capítulo III del Título I.

La posición mayoritaria doctrinal y jurisprudencial sobre este precepto nos lleva a dos conclusiones claras:

- El legislador y los demás poderes públicos han de tener en cuenta el contenido de dicho derecho si bien el margen de discrecionalidad del legislador es muy amplio; la regulación puede producirse mediante ley ordinaria, estatal o autonómica, en función del reparto de competencias y sin perjuicio del ejercicio por el Estado de la competencia del 149.1.1ª de la C.E.
- Por contraste con los derechos fundamentales contemplados en los artículos 14 a 29 de la Constitución, los derechos sociales, incluido el de protección de las personas con discapacidad, no son invocables directamente ante los tribunales y, aún más, su invocabilidad solo se podrá formular en los términos estrictamente que la ley reconozca.

Pero este enfoque clásico tradicional experimenta en los últimos años, súbitamente, un cambio brusco de orientación que permite formular un nuevo enfoque de los derechos de las personas con discapacidad como derechos fundamentales.

El cambio pivota sobre la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU).

Ya desde la exposición de motivos dicha Ley extiende de manera extraordinariamente amplía sus fundamentos constitucionales hasta cobijarse bajo la protección de los artículos 14 (igualdad de oportunidades y no discriminación), 9.2 (igualdad material y participación) y 10 (dignidad de la persona).

En claro contraste con la LISMI, de marcado carácter prestacional, la LIONDAU va mucho más lejos y ya no persigue la solución de los problemas personales de la persona con discapacidad (siguiendo el modelo médico/rehabilitador histórico) sino que actúa directamente sobre los obstáculos y dificultades, es decir contra el entorno (modelo social) por considerar que es la sociedad la que tiene que generar las condiciones generales para todos, que permitan el pleno disfrute de los derechos fundamentales a todo ciudadano, cualquiera que sea su circunstancia personal. Ello desemboca en dos nuevas estrategias: la estrategia de lucha contra la discriminación y la de accesibilidad universal.

La estrategia de lucha contra la no discriminación es, en este caso, la misma que la seguida por otros grupos o minorías que han luchado históricamente en las últimas décadas por la igualdad efectiva de sus derechos humanos y fundamentales; mientras que la accesibilidad universal persigue la vida independiente del ciudadano con discapacidad mediante el cumplimiento de esta condición que se debe cumplir por parte de los entornos, productos, y servicios para que sean comprensibles y utilizables por todos y especialmente por las personas con discapacidad.

Frente a la acción positiva que caracterizó a la LISMI, la LIONDAU persigue la igualdad de oportunidades que es la suma de los factores de la acción positiva, la no discriminación y la accesibilidad universal.

Este cambio de perspectiva tiene una enorme relevancia en la configuración y materialización de los derechos de las personas con discapacidad. El nuevo enfoque conlleva que la cobertura constitucional no se circunscribe únicamente al artículo 49 sino que, como ya se ha dicho, se amplía y potencia con base en los artículos 14, 9.2 y 10 de la C.E.

Este nuevo enfoque o cambio de orientación comporta las siguientes consecuencias o efectos jurídicos:

- Los sujetos obligados ya no son solamente los poderes públicos sino que la obligación alcanza también a los sujetos privados (personas físicas o jurídicas) en los términos que en cada caso impone la ley.
- El contenido de las prestaciones y el alcance de las obligaciones no dependen de la discrecionalidad del legislador que ya no podrá desconocer ni limitar injustificadamente estos derechos, puesto que ahora las garantías se resitúan en el entorno del artículo 53.2 de la Constitución que obliga a la consideración y respeto del contenido esencial del derecho.
- Al contrario de lo que ocurre con el artículo 49 que sólo tiene un carácter de información al legislador, a la administración y a la práctica judicial, el artículo 14 vincula a todos los poderes públicos que no pueden desconocerlo y están sometidos a él, posibilitando, cualquier vulneración en tal sentido, el acceso a la protección constitucional a través del amparo ordinario y constitucional. Ya no estamos ante la protección de los derechos específicos de un colectivo como el de las personas con discapacidad, sino ante la protección general y extensa en favor de estos ciudadanos para posibilitarles que ejerzan y materialicen el amplio conjunto de derechos fundamentales reconocidos a todo ciudadano.
- Además, la protección de los derechos de las personas con discapacidad desde la perspectiva de este nuevo enfoque tiene efectos para terceros privados.
- Este nuevo enfoque extiende y amplifica la protección a los derechos de las personas con discapacidad robusteciendo todo tipo de garantías y especialmente las jurisdiccionales conduciéndonos hacia medidas posibles tales como: reacción ante la inactividad del legislador y de las administraciones públicas; la ordenación de nuevas garantías frente a cualquier tipo de violación de estos derechos; una participación más real y efectiva de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en las políticas legislativas y administrativas, disponibilidad de un cuadro de infracciones y sanciones a través del proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de Enero de 2006 y actualmente en tramitación parlamentaria sobre el régimen sancionador de la LIONDAU, que permitirá la utilización de un instrumento coactivo para facilitar el cumplimiento de la ley.

3. ANÁLISIS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN ACTUALIZADA: TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. Antecedentes de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad

La nueva Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD) ha sido aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, publicado en el B.O.E. del día 3 de diciembre de 2013. Su entrada en vigor tuvo lugar el 4 de diciembre de 2013 y, desde ese día, constituye la norma de cabecera del sector de la discapacidad en España.

Como ya se abordó antes, el artículo 49 de la Constitución (dentro de su Capítulo III del Título I, “De los principios rectores de la política social y económica”) dispone que los “poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Desde entonces, el desarrollo de los derechos y garantías básicas de las personas con discapacidad se ha ido plasmando en un variado elenco de normas que han ido consolidando importantes avances en esta materia. Precisamente, la coexistencia de una serie de normas reguladoras de las distintas vertientes y perspectivas que afectan a este colectivo, las personas con discapacidad, aprobadas además en momentos históricos diferentes, unido todo ello a la propia evolución que ha experimentado el concepto de discapacidad y la manera de enfocar los problemas asociados a la misma —a nivel internacional y nacional— demandaban un esfuerzo para armonizar el conjunto de la normativa existente en el campo de los derechos de las personas con discapacidad.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, da cumplimiento al mandato contenido en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que autorizó al Gobierno para elaborar y aprobar, previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un texto refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen las siguientes normas:

- La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad.

- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En relación con la labor refundidora, ha de recordarse que la habilitación al Gobierno para elaborar el texto ahora aprobado no se circunscribía a la mera formulación de un texto único, sino que incluía la facultad, conforme al art. 82.5 de la Constitución, de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales objeto de refundición.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, de los dos supuestos de delegación legislativa que distingue el artículo 82.2 de la Constitución, el de la refundición de varios textos legales en uno solo (artículo 82.5 de la Constitución), y el supuesto de Ley de bases para la formulación de un texto articulado (artículo 82.4 de la Constitución), este último supone un mayor margen para la actuación del Gobierno. Sin embargo, “la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa”. De este modo, el texto refundido, que sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento, “supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de los preceptos refundidos, sobre todo en el segundo tipo de refundición prevista en el art. 82.5 CE, es decir, el que incluye la facultad “de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”, pues ello permite al Gobierno (...) la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de la refundición, con el fin de colmar lagunas, y en todo caso le habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático” (STC 166/2007).

El Real Decreto Legislativo 1/2013, al aprobar la LGDPD, realiza aclaraciones y armonizaciones de los artículos de los tres textos refundidos conforme a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. A este respecto hay que tener en cuenta que la Convención no es una de las tres normas objeto de la refundición, sino que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llevó a cabo, como el propio título de la norma indica, la adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con la Discapacidad, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

Es importante recordar a este respecto que la citada Ley 26/2011 de adaptación de la Convención modifica las Leyes 13/1982 y 51/2003 que han sido objeto de refundición (junto con la Ley 49/2007), de modo que la Convención ya había sido incorporada expresamente a nuestro ordenamiento jurídico en la forma descrita, con las correspondientes adaptaciones de las leyes que ahora se han refundido en la nueva LGDPD.

Con anterioridad a la Ley 26/2011, el Consejo de Ministros había aprobado el 30 de marzo de 2010 un Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención. En el acuerdo de aprobación se aclara que *“... Los principios de la Convención y los derechos que en ella se reconocen no difieren en esencia de los recogidos en nuestra Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, comportan un cambio en el concepto de discapacidad, que supone pasar de considerar a la discapacidad como una preocupación en materia de bienestar social, a conceptuala como una cuestión de derechos humanos; lo que obliga a modificar el enfoque de nuestra normativa interna”*.

La citada Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene en su disposición final segunda la habilitación al Gobierno para llevar a cabo la tarea refundidora que ha culminado en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Así las cosas, la LGDPD es un texto completo en el que se incluyen las principales disposiciones de rango legal ordinario que constituyen el régimen de las personas con discapacidad. No introduce innovación legislativa alguna, sino que se circunscribe a una tarea de unificación, sistematización y armonización de normas preexistentes, sin alterar la regulación material que de esas normas resulta. Se atiene, pues, a los límites que impone el artículo 82.5 de la Constitución, en el ejercicio de la delegación legislativa, que en este caso se extiende a “regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

Debemos valorar positivamente la labor refundidora llevada a cabo, que consolida en un texto único las disposiciones legales que hasta el momento han venido regulando esta materia y posibilita su mejor estructuración y ordenación. Ello sin duda contribuirá a una mayor efectividad del principio de seguridad jurídica y permitirá incrementar la claridad del bloque normativo del régimen de derechos de las personas con discapacidad, eliminando la dispersión normativa existente, que siempre dificulta la interpretación y aplicación de las normas.

Por lo que se refiere a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, también conocida por sus abreviaturas como LISMI, desarrolló el artículo 49 de la Constitución Española. Se vertebraba en tres ejes fundamentales, la sanidad, la educación y la inserción laboral de las personas con discapacidad, sentando las bases para la adopción de políticas públicas de discapacidad y estableciendo un sistema de prestaciones sociales y económicas, así como medidas de integración, además del reconocimiento del concepto de dignidad como elemento fundamental para la igualdad de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), reflejó una nueva manera de entender el fenómeno de la discapacidad, en virtud de la cual se considera que las desventajas que presenta una persona con discapacidad no sólo tienen su origen en sus dificultades personales, sino también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas impuestas por la propia sociedad.

Sobre los principios de no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal se configuran en la LIONDAU un conjunto de disposiciones que persiguen, con nuevas medidas (contra la discriminación, de acción positiva, de fomento y de defensa), el objetivo de garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social.

Por último, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad vino a dar cumplimiento a lo previsto en la disposición final undécima de la LIONDAU. En efecto, la regulación de las condiciones básicas de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal permite comprobar progresivamente en el tiempo el grado de cumplimiento y eficacia en el disfrute de los derechos por parte de las personas con discapacidad. En atención a ello la citada disposición final undécima estableció que el Gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la LIONDAU, remitiría a las Cortes un proyecto de ley que establezca el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Tal previsión se fundamenta en los principios de legalidad y tipicidad, en virtud de los cuales los límites de la actividad sancionadora de las Administraciones Públicas deben estar fijados por Ley, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución, que exige la reserva de ley en materia sancionadora, un rango necesario de las normas

que tipifican las conductas ilícitas y que regulan las sanciones correspondientes con el fin de respetar y hacer respetar las garantías de la ciudadanía en un Estado social y democrático de Derecho. La Ley 49/2007 dio cumplimiento al mandato legal teniendo en cuenta las exigencias constitucionales mencionadas y tomando en consideración lo establecido por las disposiciones comunitarias que exigen a los Estados miembros de la Unión Europea la adopción de las normas necesarias para aplicar sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales.

3.2. Contenido de la LGDPD

Examinamos a continuación la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social siguiendo los cuatro Títulos en que se estructura su articulado:

- A. Título preliminar. Disposiciones generales.
- B. Derechos y obligaciones.
- C. Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- D. La parte final de la LGDPD.

A. Título preliminar. Disposiciones generales

El Título Preliminar, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, se divide en tres Capítulos.

Señalemos en primer lugar que este Título Preliminar constituye uno de los mejores aciertos del texto refundido de la nueva ley.

Además de delimitar el objeto de la ley (art. 1), incluye una importante lista de conceptos legalmente definidos (art. 2) que se utilizarán a lo largo de su articulado, evitando así reiteraciones (son los conceptos legales de discapacidad, igualdad de oportunidades, discriminación directa e indirecta, o por asociación, acoso, medidas de acción positiva, vida independiente, normalización, inclusión social, accesibilidad universal, diseño universal o diseño para todas las personas, ajustes razonables, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad).

El Título preliminar contiene también los principios rectores de la propia ley (art. 3), sus ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo (arts. 4 y 5), y la proclamación del res-

peto a la autonomía de las personas con discapacidad (art. 6), con especial hincapié en este caso a la más completa libertad para la adecuada toma de decisiones, con lo que la información y el consentimiento se tornan esenciales.

En el Capítulo I se recoge el objeto de la ley (artículo 1), una serie de definiciones de conceptos fundamentales (artículo 2), y los principios de la propia ley (artículo 3).

El artículo 1 es prácticamente una reproducción de los preceptos de las normas objeto de refundición. En concreto, el apartado 1 del artículo 1 se corresponde con el artículo 1 de la LIONDAU y el apartado 2 del artículo 1 de la ley es una reproducción del artículo 1 de la Ley 49/2007.

El artículo 2 del texto refundido integra una serie de definiciones. Los conceptos, que ahora aparecen agrupados en un mismo precepto, estaban ya definidos en distintos artículos de la LIONDAU excepto tres, la “discapacidad”, la “discriminación por asociación” y la “inclusión social”.

Conviene recordar a este respecto que la exposición de motivos de la LIONDAU justificaba la necesidad de su promulgación en dos razones principales: en primer lugar, la persistencia en la sociedad de desigualdades y, en segundo lugar, los cambios operados en la manera de entender la discapacidad. También la Convención, objeto de adaptación por la Ley 26/2011, en su preámbulo, reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona ya que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones.

Esta idea de la discapacidad, aceptada internacionalmente, es la que se ha venido incorporando a nuestro ordenamiento jurídico inspirada por el artículo 1 de la Convención y ahora se hace más expresa en el artículo 2 de la LGDPD, que dice así:

“Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La delegación legislativa contenida en la autorización al ejecutivo para refundir los textos legales no permite introducir innovaciones en el ordenamiento jurídico pero sí llevar a cabo una aclaración suficiente del sentido, a veces poco preciso, de las normas refundidas, que facilita el mejor encaje de las mismas con otras que les afectan, también objeto de la delegación legislativa.

Así lo ha admitido el Tribunal Constitucional (STC 166/2007, de 4 de julio de 2007), señalando que la facultad de aclarar, regularizar y armonizar, unida a la de

refundir, “permite la explicitación de normas complementarias a las que son objeto de refundición, con el fin de colmar lagunas y, en todo caso, habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático”.

Por ello, aunque el concepto de “discapacidad”, no se recoge expresamente en ninguno de los textos refundidos, sino que, como se ha indicado, se encuentra en el artículo 1 de la Convención, es muy positiva su inclusión en la LGDPD.

Ya en el propio Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, que aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, se aclara que (...) *“Los principios de la Convención y los derechos que en ella se reconocen no difieren en esencia de los recogidos en nuestra LIONDAU (norma que ahora se refunde). Sin embargo, comportan un cambio en el concepto de discapacidad, que supone pasar de considerar a la discapacidad como una preocupación en materia de bienestar social, a conceptuara como una cuestión de derechos humanos; lo que obliga a modificar el enfoque de nuestra normativa interna”*.

Lo mismo puede decirse respecto del concepto de “inclusión social” pues a partir de la propia evolución del concepto de discapacidad, era necesaria una actualización del concepto de integración social reflejado en la LISMI por el más adecuado de “inclusión social” que va más allá de las estrategias de normalización, hacia el pleno disfrute del derecho a vivir de forma independiente y participar en todos los asuntos de la comunidad.

Otra novedad importante es el concepto de “discriminación por asociación” que existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad.

Este concepto viene siendo habitualmente empleado (con distinta terminología: “discriminación por asociación”, “discriminación por vinculación”, ...) sobre todo a partir de la Sentencia de 17 de julio de 2008 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-303/06, Coleman v. Attridge, donde se reconoce la existencia de este tipo de discriminación.

El artículo 3 de la LGDPD —que contiene los principios de la propia ley— es una reproducción del artículo 3 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, incorporando principios que no estaban incluidos en ninguna de las normas que se refunden. Es positivo que la nueva ley de cabecera

del sector de la discapacidad explicita sus principios rectores, con el fin de dar coherencia y sistematicidad al texto refundido. Son los siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- b) La vida independiente.
- c) La no discriminación.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La igualdad entre mujeres y hombres.
- g) La normalización.
- h) La accesibilidad universal.
- i) Diseño universal o diseño para todas las personas.
- j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- k) El diálogo civil.
- l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.
- m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad”.

En el Capítulo II del Título Preliminar se concretan los ámbitos subjetivo (artículo 4) y material (artículo 5) de la Ley, esto es, se determina quiénes son titulares de los derechos que la Ley garantiza así como el reconocimiento de situaciones asimiladas.

El artículo 4 de la LGDPD refunde los artículos 4 y 7 de la LIONDAU y de la LISMI, respectivamente. Y el artículo 5 (ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal) es, prácticamente, una reproducción del artículo 3 de la LIONDAU, aunque se añade expresamente en la letra h) el ámbito del **empleo**.

Es positivo que se explicita que el empleo es un ámbito en el que también se aplica la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Por otra parte y respetando los límites del mandato de refundición, se conserva la cláusula

de supletoriedad en el ámbito del empleo que recogía el artículo 3 de la LIONDAU y que ahora se ubica en el artículo 64.3 del texto refundido, que dice así:

“3. Las garantías del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad previstas en este título, tendrán carácter supletorio respecto a lo previsto en la legislación laboral”.

El Capítulo III consta de un solo precepto, el artículo 6, que afirma el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, como pieza fundamental para el ejercicio de sus derechos. Hay que señalar que el principio de libertad en la toma de decisiones es un principio que está recogido en la LIONDAU (artículo 2.a) y que se inserta en el principio de vida independiente (“la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia...”).

El contenido del citado artículo 6 va más allá de lo previsto en el artículo 2.a) de la LIONDAU, lo cual es lógico y positivo de acuerdo con la importancia que en las normas objeto de refundición se otorga a este principio de autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones. Se trata de un principio que informa todos los derechos que se regulan en la propia LGDPD, conllevando la obligación de adoptar medidas de accesibilidad en la información a las personas con discapacidad, mediante los apoyos pertinentes.

Recordemos que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, como garantía del respeto a la autonomía de las personas con discapacidad, modificó diversas leyes incluyendo la regulación del derecho a la información en formatos adecuados que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, así como el sistema de apoyos para la prestación del consentimiento (Ley 30/1977, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias, etc.).

B. Derechos y obligaciones

El Título I se abre con una declaración general “Las *personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico*” (artículo 7.1). Seguidamente se hace referencia a la actuación de los poderes públicos en cuanto que promoverán las medidas necesarias para hacer efectivo este derecho a la igualdad y se refuerza la consideración especial de la discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta

situación de especial vulnerabilidad, protegiéndose de manera singularmente intensa a las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías.

Este precepto es acorde con lo dispuesto en los artículos 4 (obligaciones generales), 5 (igualdad y no discriminación) y 16 (que se refiere expresamente al género y a la edad como factores de discriminación múltiple) de la Convención.

Además, el contenido de este artículo 7 de la LGDPD se basa en lo previsto en los artículos 1 y 5 de la LIONDAU y 1 y 3 de la LISMI, por lo que se ajusta a la autorización de refundición concedida. Señalemos que este artículo también es coherente con el artículo 14 de la Constitución; su apartado segundo es coherente con el 9.2 de la Constitución, y los apartados 3 y 4 son coherentes con el artículo 49 de la Constitución.

Este Título I, tras el comentado artículo 7, se divide en nueve capítulos. El Capítulo I contiene la regulación del Sistema Especial de Prestaciones Sociales y Económicas de la LISMI, a cuyo acceso o pervivencia en su percepción tienen derecho aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos, y que se complementa con el contenido de la disposición transitoria única. Los Capítulos II a VIII regulan el derecho a la protección de la salud, a la atención integral, a la educación, a la vida independiente, al trabajo, a la protección social y el derecho de participación en los asuntos públicos. Finalmente, el Capítulo IX establece las obligaciones de los poderes públicos para garantizar la efectividad de los derechos.

El **Capítulo I** ("Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad"), integrado por los artículos 8 y 9 del texto legal, mantiene la acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas que estableció la LISMI (Título V), si bien en el artículo 8 no se ha incorporado el subsidio de garantía de ingresos mínimos y el subsidio por ayuda de tercera persona, lo que es adecuado por haber sido suprimidos por la disposición transitoria undécima del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. No obstante, se recoge expresamente en la Disposición transitoria única de la LGDPD que las personas beneficiarias siguen manteniendo el derecho a la percepción del correspondiente subsidio que tenían conforme a la LISMI, siempre que continúen reuniendo los requisitos exigidos para su concesión y no opten por percibir la prestación no contributiva de la Seguridad Social o asignación económica por hijo a cargo, sin alterarse, en modo alguno, el régimen jurídico vigente actualmente.

En el artículo 9 de la LGDPD se recoge la regulación sobre la asistencia sanitaria y farmacéutica del sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI (artículo 10.2).

El **Capítulo II** relativo al “Derecho a la protección de la salud” se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección de la salud (artículo 10). Su contenido es coincidente con los artículos 3 y 4 de la LISMI. En concreto, en el apartado 1 del artículo 10 se recoge el derecho a la protección de la salud que se reconoce en el artículo 3 de la LISMI, artículo que establece como obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos y la rehabilitación adecuada. La salud sexual y reproductiva se encuadra en el derecho a los servicios que tienden a prevenir la aparición de la discapacidad conforme al artículo 7.3 de la LISMI y, de forma más específica y expresa, en el artículo 9.3 de la LISMI. Además, la salud sexual y reproductiva está igualmente recogida, de forma expresa, en el artículo 25 a) de la Convención.

El apartado 2, en lo que se refiere a la actuación de los “sujetos privados”, tiene su fundamento en el artículo 4.2 de la LISMI. Hay que señalar, además, que dentro de las funciones de regularización, se incluye una remisión a la legislación sanitaria vigente, como marco normativo de aplicación a las actuaciones de las Administraciones Públicas y sujetos privados. Respecto del apartado 3, la LISMI reconoce la necesidad de llevar a cabo acciones de ordenación y coordinación en el campo de la salud pública y de los servicios sociales en los artículos 8 y 9.

En materia de prevención de la discapacidad, conforme a dichos artículos, deben fijarse principios y normas de coordinación de las distintas actuaciones públicas, que el artículo 8 configura como obligaciones del Estado “en el campo de la salud pública y de los servicios sociales”. Por otra parte, las obligaciones reconocidas en el artículo 3 de la LISMI presuponen necesariamente una coordinación entre los servicios sanitarios y los de carácter social. El inciso final de este apartado responde exclusivamente al principio de igualdad en el ejercicio de los derechos (en este caso, del derecho a la protección de la salud).

Dentro de ese Capítulo II, en el artículo 11 relativo a la regulación de la prevención, se sustituye el término “prevención de minusvalías” del artículo 8 de la LISMI, y se hace referencia ahora a “prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades”.

Este concepto de “prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades” aparece en diversos preceptos de la LGDPD (además del artículo 9, en los artículos 4, 50, 51 o disposición adicional sexta).

Los artículos 8 y 9.1 de la LISMI se refunden en el artículo 11 de la nueva ley. Por otra parte, la disposición adicional sexta de la LGDPD reproduce el apartado 2 del artículo 9 de la LISMI y señala lo siguiente:

“Sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a las demás administraciones públicas, el Gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborará cuatrienalmente un plan nacional de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades en los términos previstos en el artículo 11. El plan se presentará a las Cortes Generales para su conocimiento, y se les informará anualmente de su desarrollo y grado de cumplimiento”.

En el apartado 2 de este art. 11 se hace una remisión oportuna al artículo 21 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia:

(“... el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores”).

Por ello, las administraciones públicas deberán tenerlo en cuenta cuando promuevan planes de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades.

El artículo 12 relativo a los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, coincide prácticamente con lo previsto en el artículo 10 de la LISMI. Se advierten algunas modificaciones como el empleo de la denominación genérica de “equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad” o “equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad” para designar a los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente, siendo coherente con el resto de legislación, en concreto, con los regulados por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

También se observan algunos cambios en el régimen de funciones de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, en concreto al momento de emitir el dictamen técnico —ya previsto en la LISMI— donde se añade ahora que se tendrán en cuenta no solo deficiencias, limitaciones y barreras, sino también capacidades y habilidades, lo que está conectado con lo señalado por la Convención Internacional.

En cuanto al **Capítulo III** relativo a la “atención integral”, el artículo 13 de la LGDPD reproduce prácticamente el contenido del artículo 18 de la LISMI. Únicamente, se sustituye el concepto de rehabilitación utilizado por la LISMI, por el de “atención integral”, lo que es más adecuado a la nueva terminología empleada por la propia Convención.

También son objeto de revisión terminológica los programas que pueden comprender la atención integral: (1) Habilitación o rehabilitación médico-funcional, en lugar de rehabilitación médico-funcional, en línea con lo previsto en la Convención, (2) Atención, tratamiento y orientación psicológica, en vez de tratamiento y orientación psicológica, (3) Educación, sin hacer la antigua distinción entre educación general y especial, (4) Apoyo para la actividad profesional, en lugar de recuperación profesional.

Estos programas de atención integral que se enumeran en el artículo 13.2 se desarrollan seguidamente en los artículos 14 a 17, respetando el contenido sustancial de los artículos 18 a 22 y 32 a 35 de la LISMI (en particular, el artículo 13 de la LGDPD se corresponde con el contenido de los artículos 18, 19.3 y 21 de la LISMI; el artículo 14 con el contenido de los artículos 19.1 y 2, y 20 de la LISMI, y el artículo 15, con el del artículo 22 de la LISMI. Por otra parte, los distintos apartados del artículo 17 de la nueva ley se corresponden con lo previsto en los artículos 32.2, 33, 34 y 35.1 de la LISMI).

El **Capítulo IV** (artículos 18 a 21) se refiere al derecho a la educación dentro del marco de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, reconociendo una “*educación inclusiva, de calidad y gratuita*” para las personas con discapacidad. La escolarización de este alumnado se llevará a cabo en centros ordinarios, correspondiendo a las administraciones públicas educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos “prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables” y sólo cuando excepcionalmente sus necesidades no puedan ser atendidas se llevará a cabo la escolarización en centros de educación especial o unidades sustitutorias, que se restringe a supuestos de excepcionalidad en los que se tomará en consideración la voluntad de los padres o tutores.

En definitiva, este Capítulo IV (Derecho a la educación) aclara, armoniza y regula los artículos de la LISMI no “desplazados” o derogados por la legislación en materia de educación, tomando como referencia, a efectos de principios, directrices y terminología, el artículo 24 de la Convención. Se mantiene la gratuidad en la enseñanza en la etapa educativa, tal y como viene recogida en el artículo 30 de la LISMI.

En cuanto al artículo 21 (“Valoración de las necesidades educativas”), hay que recordar que el artículo 12.1 de la LGDPD regula de forma genérica la figura de los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad, conforme a lo previsto

con carácter general en el artículo 10.1 de la LISMI. Este artículo 21 se refiere adecuadamente a los “servicios de orientación educativa”, que es la denominación que reciben estos equipos multiprofesionales en el ámbito educativo.

La nueva LGDPD dedica el **Capítulo V** del Título I a la regulación del “*derecho a vivir de forma independiente*” y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida, para lo cual los poderes públicos tienen que adoptar aquellas medidas necesarias para asegurar la accesibilidad universal. El Capítulo se divide en dos Secciones. La Sección 1ª se ocupa de las condiciones de accesibilidad que deben reunir los ámbitos enumerados en el artículo 5 para garantizar unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad. Esta Sección 1ª se corresponde con la LIONDAU, en particular con sus artículos 10 (plenamente coincidente con el artículo 23 LGDPD) y 10 bis (coincidente con el artículo 28 LGDPD), así como con las disposiciones finales quinta, sexta, séptima, octava y novena también de la LIONDAU.

Las condiciones en el ámbito del empleo se regulan en el artículo 40 de la nueva ley, coincidente con el artículo 37 bis de la LISMI incorporado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, para transponer el contenido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Señalemos que las condiciones de accesibilidad a que se refiere esta Sección 1ª tienen ya su correspondiente desarrollo reglamentario mediante los siguientes reales decretos:

- 1) Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
- 2) Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.
- 3) Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- 4) Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

En esta Sección 1ª se incorporan otras condiciones de accesibilidad como, por ejemplo, la referencia a la normativa técnica de edificación que se contiene en el artículo 26, coincidente con el artículo 54 de la LISMI y que está en concordancia con las previsiones recogidas en el Código Técnico de Edificación.

Aquí es importante el tratamiento que se ha dado a los plazos. Por ejemplo, la disposición final séptima de la LIONDAU —que regulaba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social— disponía lo siguiente:

“En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno deberá realizar los estudios integrales sobre la accesibilidad a dichos bienes o servicios que se consideren más relevantes desde el punto de vista de la no discriminación y accesibilidad universal.”

Esta disposición ha sido incorporada literalmente al artículo 24.2 de la LGDPD, que regula las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en el ámbito de los productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

Este mismo plazo de dos años para la realización de estudios integrales se ha fijado en los ámbitos de espacios públicos urbanizados y edificaciones, medios de transporte, relaciones con las administraciones públicas, y bienes y servicios a disposición del público.

En este mismo sentido del tratamiento de los plazos que hace la LGDPD, señalaremos la disposición final quinta de la LIONDAU —condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en las relaciones con las Administraciones públicas— señalaba que las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación serían obligatorias según el calendario siguiente: (1) “En el plazo de tres a cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley, todos los entornos, productos y servicios nuevos serán accesibles, y toda disposición, criterio o práctica administrativa discriminatoria será corregida”.(2) “En el plazo de doce a catorce años desde la entrada en vigor de esta Ley, todos los entornos, productos y servicios existentes y toda disposición, criterio o práctica cumplirán las exigencias de accesibilidad y no discriminación”.

En la LIONDAU, las siguientes Disposiciones finales sexta, séptima, octava y novena contemplaban los plazos máximos para la efectividad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en los demás ámbitos de aplicación. En la LGDPD, se han refundido en su Disposición adicional tercera todos los supuestos y plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

La Sección 2ª recoge una serie de medidas de acción positiva dirigidas a apoyar el ejercicio del derecho a la vida independiente. Todas ellas estaban ya contempladas en la LISMI. Se tratan del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, que forma parte de la vigente acción protectora del sistema de prestaciones sociales y económicas (artículo 12 de la LISMI) y aquellos otros aspectos de la atención de las personas con discapacidad, que la LISMI recogía en una sección referida a movilidad y barreras arquitectónicas (Título IX, Sección 1ª): medidas para facilitar el estacionamiento de vehículos, reserva de viviendas, el concepto de rehabilitación de vivienda u otras medidas públicas de accesibilidad (artículos 55 y 56 de la LISMI).

El artículo 30 indica que los Ayuntamientos adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de los vehículos automóviles pertenecientes a personas con problemas graves de movilidad, por razón de su discapacidad. Se sigue literalmente al artículo 60 de la LISMI, exigiendo que se trate de “problemas graves”, cuando quizá hubiera sido mejor referirse simplemente a “problemas de movilidad por razón de discapacidad”.

Otro de los derechos que se regulan en el Título I es el derecho al trabajo de las personas con discapacidad que se encuentra en el **Capítulo VI** (artículos 35 a 47 de la nueva ley) y se estructura en cuatro Secciones: (1) la primera recoge las disposiciones generales; (2) la segunda, una serie de medidas de acción positiva en el empleo ordinario; (3) la tercera se dedica al empleo protegido; y (4) la cuarta recoge el empleo autónomo.

En la Sección primera, se establecen las garantías para el ejercicio del derecho del trabajo en condiciones de igualdad de trato y no discriminación, recogidas ya en los artículos 37 y siguientes de la LISMI, tras su modificación por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. A través de esta última, como ya se ha indicado más arriba, se transpuso al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En línea con lo previsto en la citada Directiva, cabe resaltar dos cuestiones:

- El reconocimiento expreso, en el artículo 35.6 de la LGDPD, de la consideración de la conducta de acoso por razón de discapacidad, en los términos definidos en la propia Ley, como acto discriminatorio en todo caso.
- La importante aclaración que se hace en el artículo 35.7 de que toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad, constituye una acción discriminatoria.

El artículo 35 reproduce prácticamente lo señalado en los artículos 37 y siguientes de la LISMI, y añade la aplicación en el ámbito laboral de los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta.

El artículo 36 recoge el principio de igualdad de trato en el empleo, en similares términos al formulado en el artículo 37 de la LISMI, pero regularizando su definición conforme al ámbito de la Directiva 2000/78/CE.

Por otro lado, el artículo 37 de la LGDPD —tipos de empleo de las personas con discapacidad— comienza señalando cuál es la finalidad de la política de empleo integrando el artículo 37 de la LISMI y ajustándolo a la redacción del artículo 27.1 de la Convención Internacional.

Seguidamente, el apartado 2 de este artículo 37 define los tipos de empleo a través de los cuales las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo, de acuerdo con la normativa vigente sobre empleo de personas con discapacidad.

Esta clasificación de los tipos de empleo, que no responde a ningún precepto de las normas objeto de refundición, sino que tiene una naturaleza declarativa, entra dentro de la función armonizadora con el propósito de ordenar los tipos de empleo que en la LISMI está actualmente mezclados (empleo ordinario, en los artículos 37 y 38; empleo protegido, en los artículos 41 y siguientes, y empleo autónomo en el artículo 38.4).

El artículo 38 de la LGDPD se corresponde con el artículo 39 de la LISMI, si bien regulariza y armoniza su contenido, sustituyendo básicamente la denominación de las Oficinas de Empleo del INE por “servicios públicos de empleo” (además de incorporar la figura de las agencias de colocación, conforme a lo previsto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

En cuanto a las ayudas para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad (artículo 39 de la nueva ley), se reproduce el artículo 38.4 de la LISMI. La única diferencia es la inclusión del último inciso relativo a las “entidades de la economía social”, junto a las cooperativas, lo cual procede tras la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

En la Sección segunda, se recogen las medidas de acción positiva en el “empleo ordinario” reproduciendo lo previsto en la LISMI, en sus artículos 37 bis (coincidente con el artículo 40 de la nueva ley) y 38 (coincidente con el artículo 42 de la nueva ley). Tan solo el artículo 41 es descriptivo de lo que son los servicios de empleo con apoyo, sin apartarse de la regulación vigente haciendo una remisión a la regulación reglamentaria.

La Sección tercera regula el “*empleo protegido*” en sus artículos 43 a 47. Estos preceptos reproducen, prácticamente, lo dispuesto en los artículos 42 a 45 de la LISMI. Únicamente, se incluyen dos artículos en la LGDPD, el 46 (dentro de la Sección tercera) y 47 (como único artículo de la Sección cuarta) relativos, respectivamente, al empleo protegido en enclaves laborales y al empleo autónomo. Estos dos artículos —que no proceden de las normas refundidas— completan el repertorio de tipos de empleo y hacen una remisión a la regulación de desarrollo refiriéndose —aunque no se cita— al Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad y a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (artículo 27.1) y Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social.

El **Capítulo VII** (“Derecho a la protección social”) tampoco sufre apenas modificaciones respecto de la estructura originaria de la LISMI. Los artículos que lo integran, 48 a 52, vienen a integrar el contenido de los artículos 49 a 53 de la LISMI con mínimas alteraciones que son acordes con la función armonizadora como, por ejemplo, la rúbrica del artículo 52 de la nueva ley (“Centros ocupacionales”) frente a la del artículo 53 de la LISMI (“Finalidad, condiciones y creación y sometimiento de centros ocupacionales”).

El **Capítulo VIII** regula el derecho de participación en los asuntos públicos y está compuesto por los artículos 53 a 56, aglutinando las distintas vías de participación de las personas con discapacidad en los asuntos públicos. Aunque el Capítulo integra en buena medida los artículos de la LIONDAU en relación con la participación de las personas con discapacidad, la redacción se mejora para ajustarse a los derechos de la Convención como sucede, por ejemplo, en el caso de los artículos 53 (“Derecho de participación en la vida política”) y 54.1 (“Derecho de participación en la vida pública”) de acuerdo con el contenido del artículo 29 de la Convención.

Este **Capítulo VIII** dedica también los artículos 55 y 56, respectivamente, al “**Consejo Nacional de la Discapacidad**” y a la “**Oficina de Atención a la Discapacidad**”, órgano del Consejo Nacional de la Discapacidad de carácter permanente y especializado, incorporando así íntegramente el contenido del artículo 15.3 de la LIONDAU, encargado de promover la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Recordemos que la LIONDAU se refiere a una “Oficina permanente especializada” (artículo 15.3), y así la denominaba también el Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad, en su artículo 11. La nueva denominación de “Oficina de atención a la discapacidad” es más indicativa y clarificadora de su función. En concordancia con este cambio de

nombre, la Disposición adicional undécima de la nueva ley señala que “las referencias que se hacen en el ordenamiento jurídico a la Oficina Permanente Especializada se entenderán realizadas a la Oficina de Atención a la Discapacidad”.

El último de los capítulos del Título I de la LGDPD es el **Capítulo IX**, relativo a las “Obligaciones de los poderes públicos” y que está dividido en dos secciones. La Sección 1ª recoge una serie de obligaciones que los poderes públicos asumen para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en los capítulos anteriores, de acuerdo con lo previsto en las normas que se refunden. Los artículos 57 y 58 del nuevo texto legal se corresponden con los artículos 3 y 66 de la LISMI, respectivamente.

Se incluye en este Capítulo la denominada “toma de conciencia social” (artículo 59), que supone una incorporación del artículo 12 de la LIONDAU, en cuanto medida de fomento, y del artículo 5 de la LISMI, el cual obliga a los poderes públicos a promover la información necesaria “para la completa mentalización de la sociedad”, especialmente en los ámbitos escolar y profesional, al objeto de que ésta, en su conjunto, colabore al reconocimiento y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, para su total integración.

Por último, la Sección 2ª del Capítulo IX se refiere al personal especializado (artículo 60), a la formación del personal (artículo 61) y al voluntariado (artículo 62). Estos preceptos vienen a incorporar, sin apenas cambios, los artículos 62 a 64 de la LISMI con las correspondientes adaptaciones terminológicas y normativas (por ejemplo, la desaparición de la *“orientación de los obligados a la prestación civil sustitutoria del servicio militar a la atención a los minusválidos”*, a que se refiere la rúbrica del artículo 64 de la LISMI).

El Título II de la LGDPD lleva por rúbrica “Igualdad de oportunidades y no discriminación” y está integrado por los artículos 63 a 77, agrupados en dos Capítulos que configuran el conjunto de medidas que garantizan el derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

El Capítulo I se corresponde básicamente con el Capítulo II de la LIONDAU. En él se fija qué se entiende por vulneración del derecho de igualdad de oportunidades, y de qué manera se va a garantizar este derecho a través de medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva, cuyo contenido se establece, además, en el artículo 64:2 de la nueva ley. Conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1.2 de la LIONDAU, se aclara que las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en la ley serán de aplicación con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad, de acuerdo con la definición de personas con discapacidad de la Convención.

El artículo 64.3 recoge la cláusula de supletoriedad de este Título II de la LGDPD respecto a la normativa laboral, en coherencia con lo previsto en el último párrafo del artículo 3 de la LIONDAU.

Por otro lado, a las “medidas de fomento y defensa” se refiere el **Capítulo II**, con una estructura análoga a la que presenta la LIONDAU, esto es, un artículo común y dos secciones, la primera dedicada a las medidas de fomento y la segunda a las medidas de defensa.

Por lo que respecta, en primer lugar, a las medidas de fomento (Sección 1ª), existe alguna diferencia respecto de la regulación vigente de la LIONDAU:

Por un lado, las medidas de sensibilización y formación de la LIONDAU se han incluido dentro del artículo 59 de la nueva ley —toma de conciencia social— como obligaciones de los poderes públicos.

Por otro lado, la LGDPD no considera ahora la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias como una medida de fomento sino que se eleva a la categoría de derecho, dentro del “Derecho de participación en los asuntos públicos” (artículo 54.2), en el Capítulo VIII del Título I. Este cambio es relevante y positivo desde todos los puntos de vista.

Además, se consideran ahora medidas de fomento alguno de los principios generales de la LISMI, como el apoyo de las Administraciones Públicas a la iniciativa privada sin ánimo de lucro (artículo 72 de la nueva ley, que reproduce íntegramente el contenido del artículo 4 de la LISMI).

Finalmente, el artículo 73 de la LGDPD integra sin apenas cambios la disposición adicional sexta de la LIONDAU, relativa al Observatorio Estatal de la Discapacidad, en cuanto instrumento técnico de la Administración General del Estado, que se encarga entre otras cosas de la recopilación, sistematización, actualización, generación de información y difusión relacionada con el ámbito de la discapacidad. Únicamente se incluye ahora como novedad en el apartado 2 del citado precepto que el informe que habrá de confeccionar el Observatorio se elaborará “de acuerdo con datos estadísticos recopilados, con especial atención al género”.

En lo relativo, en segundo lugar, a las medidas de defensa (Sección 2ª, artículos 74 a 77), se integra el contenido del Capítulo III de la LIONDAU con excepción del último artículo “Consecuencias del incumplimiento de las prohibiciones”, que ahora se incluye en el siguiente Título del texto refundido, en el que se regula el régimen de infracciones y sanciones.

C. Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

El Título III (artículos 78 a 105) integra en el texto refundido de la LGDPD el régimen de infracciones y sanciones sin que se adviertan apenas cambios respecto de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El Título III está compuesto por dos capítulos: el Capítulo I, sobre el “Régimen común de infracciones y sanciones”; y el Capítulo II, sobre “Normas específicas de aplicación por la Administración General del Estado”.

A su vez, el Capítulo I tiene dos artículos introductorios (78 y 79 sobre “ámbito” y “sujetos”, respectivamente) y se divide después en tres Secciones: (1) Infracciones; (2) Sanciones; y (3) Garantías del régimen sancionador. Y el Capítulo II abarca desde los artículos 94 al 105, donde también el artículo 94 es introductorio y a continuación se divide también en tres Secciones: (1) infracciones y Sanciones, (2) Procedimiento sancionador y (3) Órganos competentes.

Los artículos 79, 80 y 81 de la nueva ley coinciden, respectivamente, con los artículos 8, 2 y 3 de la Ley 49/2007. El artículo 82 atiende a los plazos de prescripción de las infracciones al igual que el artículo 12 de la Ley 49/2007. No se modifican los plazos de prescripción, por lo cual las infracciones leves prescribirán al año, las graves a los tres años y las muy graves a los cuatro años

Hubiera sido mejor armonizar los plazos de prescripción de las infracciones con los que ya están previstos para la prescripción de las sanciones —un año para las leves, cuatro para las graves, y cinco años para las faltas muy graves— pero el Consejo de Estado entendió que con ello la nueva ley extralimitaría su habilitación para refundir las normas preexistentes.

Los artículos 83 a 88 son una reproducción de la Ley 49/2007. Lo mismo cabe señalar con relación a los artículos 89 a 93 de la LGDPD, que reproducen exactamente los artículos 9 a 14 de la LIONDAU y su disposición adicional primera sobre garantía de accesibilidad de los procedimientos (artículo 90 de la nueva ley). Tan solo se introduce en el artículo 92 un criterio de disociación de los datos de carácter personal de las personas físicas que intervengan en el expediente distintas del sancionado.

En cuanto al Capítulo II sobre normas específicas de aplicación por la Administración General del Estado, la LGDPD tampoco introduce ningún cambio con relación a la redacción de los artículos de la LIONDAU.

En el artículo 95 de la nueva ley, conforme al informe de la Agencia Española de Protección de Datos, se ha suprimido la infracción relativa al “incumplimiento deliberado del deber de sigilo y confidencialidad con respecto a los datos personales de las personas con discapacidad” (artículo 16.3.C) de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre) dado que coincide con la prevista en el artículo 44.3.d) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (“la vulneración del deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos de carácter personal al que se refiere el artículo 10 de dicha Ley”), infracción a la que corresponde una sanción de cuantía más alta.

D. La parte final de la LGDPD

La parte final del texto refundido de la LGDPD comprende once disposiciones adicionales, una disposición transitoria y tres disposiciones finales. Lógicamente, no se recogen las disposiciones de la LISMI que contienen mandatos ya cumplidos o disposiciones que han sido superadas o desplazadas por la normativa posterior.

Es novedosa la **Disposición adicional primera**, que dispone:

“Esta ley se aplicará sin perjuicio de las competencias exclusivas reconocidas a las comunidades autónomas en materia de asistencia social en sus respectivos Estatutos de Autonomía”.

Al igual que la **Disposición adicional segunda**, que regula el tratamiento de la información:

“En las actuaciones previstas en esta ley que tengan relación con la recogida y tratamiento de datos de carácter personal se estará a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo”.

Como ya hemos señalado, la importante **Disposición adicional tercera** reordena los supuestos y plazos máximos de exigibilidad de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.

También hemos señalado que la **Disposición adicional sexta** incorpora la siguiente e importante previsión:

“Sin perjuicio de las competencias que puedan corresponder a las demás administraciones públicas, el Gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias, elaborará cuatrienalmente un plan nacional de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades en los términos previstos en el artículo 11. El plan

se presentará a las Cortes Generales para su conocimiento, y se les informará anualmente de su desarrollo y grado de cumplimiento”.

Señalemos que la **Disposición adicional séptima** “Infracciones y sanciones en el orden social”, reitera lo que preveía la Ley 49/2007:

“Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

3.3. Algunos comentarios finales

Es digno de reconocimiento el loable esfuerzo que ha supuesto poner en valor este texto refundido para cuya consecución el CERMI ha luchado durante largos años; primero, para conseguir la norma habilitante de rango legal y, después, que el Gobierno culminara este mandato que, en no pocas ocasiones, suelen quedar incumplidos.

Por tanto, además del logro del objetivo concreto, hay que señalar el valor pedagógico y la enorme facilidad que implica disponer de un texto refundido para su utilización efectiva con notable incremento del grado de seguridad jurídica del operador o usuario de esta parte del ordenamiento y, aunque, no es menos cierto, que el texto refundido, desde una perspectiva de contenidos de fondo, no implica novedades esenciales ni avances reseñables en la protección jurídica de las personas con discapacidad; tampoco debemos desdeñar, ni mucho menos, el hecho crucial de que dicho texto refundido haya respetado escrupulosamente el mandato homogeneizador del legislador y no haya incurrido, en la tentación de aprovechar este viaje para proceder, si no a recortes de fondo que hubieran sido contrarios al mandato del legislador, sí, al menos, a acoger interpretaciones de carácter restrictivo que hubieran conducido, inevitablemente, a nuevos retrocesos en este ámbito de la protección social.

Debemos recordar que este texto refundido es sólo una parte del ordenamiento jurídico ad hoc en materia de discapacidad, lo cual no es motivo para desdeñar su significación y alcance. Lo que se quiere señalar es que un pretendido “derecho de la discapacidad” goza de un más amplio contenido y recorrido que el meramente reflejado en el texto refundido. En efecto, son diversas las asignaturas pendientes de regulación ex novo o de desarrollo en materia de discapacidad. Baste recordar que los principios y valores y los preceptos protectores de la discapacidad en el

nuevo Tratado de Lisboa de la Unión Europea deberán desplegar efectos normativos profundos en nuestro Derecho, en la perspectiva del largo plazo; y que el desarrollo parcial de la Convención de Naciones Unidas, integrada en nuestro Derecho, y desarrollada sectorialmente por la Ley 26/2011 ha dejado pendientes aspectos cruciales relacionados con el derecho privado y, singularmente, con el derecho de familia, por no citar otros supuestos varios.

En todo caso, para concluir, debemos valorar positivamente lo que supone este texto refundido, sin euforias desconcertantes, ni pesimismo bloqueante, por lo que supone per se de modo objetivo y realista y, precisamente, por hacerlo así, seremos conscientes, además de su importancia, de el largo camino por recorrer en otras parcelas del ordenamiento jurídico que son imprescindibles para conseguir una verdadera protección integral de las personas con discapacidad, cuya consecución permitirá, en su día, afirmar que ya disponemos de un “derecho de la discapacidad”.

Capítulo XVI

EL SECTOR DE LA DISCAPACIDAD: NECESIDADES, POLÍTICAS Y RETOS FUTUROS

Gregorio Rodríguez Cabrero

Catedrático de Sociología
Departamento de Economía
Universidad de Alcalá

INTRODUCCIÓN

Los cambios habidos en las políticas de discapacidad en los últimos treinta años, desde la LISMI hasta la actualidad (¹), han sido extensos y profundos, además de lograr una visibilidad social muy amplia. Ello ha sido consecuencia de la confluencia de tres factores: la movilización ininterrumpida de las personas con discapacidad y sus familias en defensa de la dignidad humana y de la satisfacción de sus necesidades de integración social; en segundo lugar, de la influencia de las políticas europeas que han dado visibilidad y apoyo a los colectivos vulnerables y excluidos a través de acciones y programas, con el apoyo de los Fondos Estructurales, mediante los cuales se ha promovido en el espacio social europeo su inserción laboral, la garantía de ingresos dignos y el acceso a los bienes y servicios colectivos; finalmente, el desarrollo del Estado de Bienestar en España ha sido determinante para el desarrollo de los derechos humanos y sociales del colectivo de personas con discapacidad a través de una amplia normativa y programas de acción que han contribuido a romper barreras de acceso a la sociedad en general y al mercado de trabajo en particular.

¹ Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (Vigente hasta el 04 de Diciembre de 2013).

En el desarrollo de este último factor —desarrollo de políticas de inclusión por el Estado de Bienestar en España— han contribuido partidos políticos, organizaciones, expertos y gestores públicos. Adolfo Jiménez, como Secretario General de la Seguridad Social a finales de los años 80 y primeros noventa del siglo pasado, ha jugado un papel protagonista en el desarrollo de los derechos sociales del colectivo de personas con discapacidad mediante la puesta en marcha de diferentes políticas, entre las que destacamos la ley de prestaciones no contributivas ⁽²⁾ que moderniza la LISMI en cuanto a garantía de ingresos y refuerza el ámbito protector del colectivo. Posteriormente esta sensibilidad la ha trasladado a América latina a través de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social hasta su jubilación.

Desde 1990 el desarrollo de las políticas y programas de protección social y de activación de las personas con discapacidad ha sido, como decimos, extenso e intenso. En este trabajo de homenaje al trabajo de Adolfo Jiménez ponemos de manifiesto el panorama general de las necesidades de este colectivo, su defensa por el movimiento de organizaciones de la discapacidad y, finalmente, arrojamus una mirada al desarrollo futuro de dichas necesidades y de cómo pueden ser satisfechas.

1. LAS NECESIDADES DE LA POBLACIÓN CON DISCAPACIDAD

A la espera de una actualización de la información por el INE la población española con algún tipo de discapacidad en 2008, según la EDAD 2008, ascendía a un total de 3.787.000 personas de 6 y más años, de los que más de 1,5 millones son varones y casi 2,3 millones son mujeres, siendo la población con 65 y más años casi el 60 por cien del total. Esto supone que la tasa media de incidencia de la discapacidad es del 9% de la población o, si se prefiere, 90 de cada 1000 personas. Si a este colectivo que vive en su domicilio se suma la población que vive en residencias, en torno a 269.600 personas, la población total con discapacidad española alcanza un volumen de 4.056.600 personas, casi el 10% de la población total.

De este colectivo con discapacidad una parte puede ser caracterizada como dependiente, es decir, necesita apoyos para realizar actividades de la vida diaria o apoyos a su autonomía personal. Tanto la incidencia de la discapacidad como la dependencia se asocian en gran medida al envejecimiento de la población española, aunque recorre toda la estructura social.

² Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

La proyección de dicha población al año 2020 puede estimarse a la baja dadas las mejoras sociosanitarias que compensarían el impacto del envejecimiento de la población. De este modo la población al año 2020 rondaría los 4 millones de personas, de los que 1,4 millones serían hombres y 2,6 millones mujeres, y el 60% mayores de 65 años ⁽³⁾.

Este amplio colectivo de personas con discapacidad, como el conjunto de la población pero de manera especial, se enfrenta a necesidades y riesgos sociales a los que da respuesta a través de las cuatro esferas del bienestar: mercado de trabajo, el Estado de bienestar, el soporte del Tercer Sector y la ayuda familiar. La garantía de ingresos, el acceso al mercado de trabajo y al sistema educativo y formación ocupacional son tres retos pendientes para las personas con discapacidad. Los avances logrados en las últimas décadas han sido muy importantes pero aún insuficientes para poder afirmar que la integración de nuestro colectivo se encuentra en el nivel general de la población sin discapacidad. Basten unos indicadores sintéticos sobre estos tres retos que nos ponen de manifiesto la distancia existente entre las personas con discapacidad y sin discapacidad o el conjunto de la población

La garantía de ingresos de las personas con discapacidad sigue siendo uno de los objetivos pendientes en el Estado de Bienestar español, no tanto en lo que se refiere a cobertura cuanto a suficiencia, de modo que puedan reducirse unas tasas de pobreza que duplican a las de los hogares con personas sin discapacidad. Es un indicador significativo el hecho de que mientras el 79% de los hogares sin discapacidad tienen ingresos de las rentas del trabajo, dicho porcentaje se reduzca al 49% en los hogares en los que hay alguna persona con discapacidad. En los hogares con personas con discapacidad el tipo de ingreso dominante son las pensiones contributivas, que están presentes al menos en el 75% de ellos, frente al 30% de los hogares sin personas con discapacidad y el 39% en promedio, reflejando principalmente el envejecimiento relativo de estos hogares.

La tasa de pobreza de las personas con discapacidad es casi el doble que la del resto, algo menos para la pobreza relativa y casi exactamente el doble para la pobreza severa. Ciertamente no sólo es la discapacidad lo que afecta a la pobreza, sino una peculiar estructura demográfica de las personas con discapacidad, caracterizada por el envejecimiento y la feminización, factores ambos negativos en lo que respecta a la pobreza puesto que las mujeres tienden a ser más pobres que los varones y los viejos más pobres que los adultos.

³ Rodríguez Cabrero, G. (director) (2013) *El sector de la discapacidad: realidad, necesidades y retos futuros*. Madrid: CINCA. Colección CERMI.

La población con discapacidad en edad escolar, entre los 6 y los 15 años, supone poco más de 70.000 personas, apenas el 2% del conjunto del colectivo. Y está plenamente escolarizada. El tipo predominante de escolarización es el régimen de integración (44%), seguido por la asistencia a un centro ordinario sin apoyo (30%) y la fórmula de la educación especial (18%). En su mayoría asisten a centros públicos (65%) o privados concertados (26%) siendo marginal la escolarización en centros privados no acogidos a conciertos con el sector público. El nivel de estudios alcanzado por las personas con discapacidad de 16 y más años es la enseñanza primaria, completa o no, en casi dos tercios de ellos. Un 10% de esta población no sabe leer ni escribir (1,6% en la población general). En cambio, los estudios medios y profesionales constituyen una proporción escasa, cercana al 20%, y sólo se registra un 5% de niveles formativos universitarios o similares. Un contraste muy acusado con la población sin discapacidad que cuenta con tasas muy superiores de estudios medios y superiores.

La tasa de ocupación de las personas con discapacidad es la mitad de la población general ocupada; incluso entre las personas con discapacidad más jóvenes —el grupo de 16 a 44 años— la tasa de ocupación es inferior al promedio de la población, con un 35%. Estas cifras desnudas nos ponen de manifiesto las dificultades de integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo, motivadas por su propia discapacidad y por la escasa adaptación de las condiciones laborales a su situación personal

En suma, los déficits de las personas con discapacidad en cuanto a ingresos, acceso al mercado de trabajo y eficacia educativa son aún importantes y justifican la continuidad y profundización de políticas sociales de cohesión social en los años venideros, tal como refleja con detalle la Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020.

2. EL PAPEL DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO COMO SOPORTE DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DIFERENTE Y SU SOSTENIBILIDAD

El desarrollo de las políticas sociales en favor de las personas con discapacidad tiene una de sus palancas más importantes en un potente movimiento asociativo que ha movilizado a las personas afectadas para reivindicar sus derechos a la vez que ha dado respuesta propia cuando se han producido fallos del mercado y fallos del gobierno.

Este movimiento ha tenido un desarrollo específico en los primeros treinta años de democracia que se fundaba sobre una base social de discapacidades muy de-

terminada y en un modelo de financiación dependiente en gran medida del Estado. Este modelo está cambiando debido a varios factores: a) Cambios en la base de la discapacidad debido a la aparición de enfermedades raras, enfermedades crónicas y neuromusculares, las discapacidades procedentes de los accidentes de tráfico, entre otras; b) por otra parte, una conciencia creciente en el sector de la discapacidad de la existencia de un relativo agotamiento del modelo convencional de desarrollo del sector, reivindicación de derechos y gestión de servicios, y de la necesidad de potenciar un modelo de derechos humanos en línea con la Convención de la ONU sobre discapacidad. Derechos integrales y políticas activas de empleo conforman la estructura básica del nuevo modelo emergente de necesidades; c) finalmente, la depresión económica y el retroceso del Estado de Bienestar desde 2008 plantea al sector social de la discapacidad la necesidad de fortalecerse con el conjunto del Tercer Sector de Acción Social e impulsar nuevos desarrollos de la economía social, así como nuevas formas de colaboración con la empresa privada para potenciar la inclusión laboral.

La crisis estructural actual no solo deteriora la financiación de las organizaciones sociales por el Estado de Bienestar, debilitando la base financiera del sector de la discapacidad, sino que también ha debilitado financiera y organizativamente al conjunto del TSAS, en el que está incardinado el sector de la discapacidad. En este contexto el incremento de las necesidades y demandas sociales acrecienta los problemas de sostenibilidad del TSAS y tiende a desbordar su capacidad de respuesta. En efecto, las políticas de austeridad neoliberal están provocando fracturas sociales que refuerzan y amplían las generadas por el propio mercado de trabajo, ante las que el TSAS no puede evadirse. Pero al mismo tiempo las entidades sociales se plantean no solo cómo dar una respuesta eficaz a las demandas sociales en un contexto de crisis sino también, y sobre todo, cómo diseñar sus estrategias y formas de organización para los años venideros en los que la reforma social acelera su curso histórico y el desarrollo del Estado de Bienestar afronta incertidumbres profundas como forma institucional de desarrollo social.

Por otra parte la competencia selectiva del sector mercantil con el sector social, allí donde existen economías de escala, y una economía social de limitado desarrollo, son dos factores que añaden incertidumbre futura a la sostenibilidad del TSAS y, por tanto, a las organizaciones de la discapacidad.

En este contexto los líderes y gestores de las entidades sociales de la discapacidad se tienen que plantear un nuevo marco estratégico de desarrollo y nuevas formas de sostenibilidad organizativa y financiera. El sector de la discapacidad, con su esfuerzo movilizador, ha sido capaz de generar una amplia normativa de apoyo, protección

y promoción de las personas con discapacidad. De ello da cuenta la refundición de tan amplia normativa en una sola ley como la recientemente aprobada ⁽⁴⁾. Pero el cumplimiento efectivo de tan amplia normativa sigue siendo un reto pendiente así como el desarrollo pleno de las estrategias de que se ha dotado el sector, como ha sido la de empleo o, a nivel general, la actual estrategia española de discapacidad 2012-2020. Junto a ello el propio sector de la discapacidad se plantea otras medidas de desarrollo como son retomar los objetivos de reivindicación de los derechos sociales, en alianza con el conjunto del TSAS; reforzar la dimensión europea de la estrategia española en conexión con la Estrategia Europea de Discapacidad; y diversificación de fuentes de financiación y mejora de la rendición de cuentas ante la sociedad española como actor social imprescindible de las políticas sociales.

Sólo en el marco de una nueva estrategia de desarrollo social y organizativo cabe pensar en nuevas formas de sostenibilidad financiera. La acomodación de las entidades sociales a la seguridad de la financiación pública es ya inviable excepto en lo referente a la producción y gestión de servicios públicos. Por otra parte, fuentes de información relativamente estables han desaparecido (caso de las Obras Sociales de las Cajas de Ahorro) y otras son insuficientes e inciertas (como las procedentes de la RSC). Todo lo cual conduce inevitablemente a una profunda reestructuración en el seno de las entidades de la discapacidad y al reforzamiento organizativo y financiero con el conjunto del TSAS.

En este sentido las nuevas estrategias de desarrollo organizativo de las entidades sociales de la discapacidad apuntan necesariamente hacia medidas tales como las siguientes: consolidar un modelo de colaboración a largo plazo entre el TSAS y el Estado para la defensa y gestión de las políticas sociales en general; movilizar a socios y afectados; desarrollar proyectos y actividades conjuntas entre entidades del sector de la discapacidad y del conjunto del TSAS; mejoras de eficiencia económica, la extensión de la auditoría y las prácticas de transparencia para destacar el valor social de cambio del gasto social en discapacidad; maximizar las sinergias internas entre las organizaciones en la realización de programas; y, en general, caminar hacia formas de colaboración económica y de actividad no solo dentro de cada subsector de discapacidad sino en el conjunto del TSAS.

Estas estrategias vienen avaladas por la información disponible. Así, en 2010, aunque el gasto medio de las entidades de la discapacidad prestadoras de servicios o de

⁴ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

primer nivel tenía un gasto medio anual de 1.052.000 de euros, el 60 por cien de las mismas no alcanza la cifra de medio millón de euros. Se trata de un sector muy diverso y polarizado en torno a un núcleo de grandes organizaciones y miles de pequeñas organizaciones. Este último grupo precisa de una cierta concentración e incluso fusión para garantizar una mejor efectividad social. Por otra parte, el sector tiene, como decíamos, una elevada dependencia del Estado en cuanto a sus ingresos ya que aporta el 77 por cien de los mismos (subvenciones y conciertos), casi la mitad procedentes de las Comunidades Autónomas para la financiación de centros y programas. En todo caso se trata de entidades que hasta los dos primeros años de la crisis actual eran solventes financieramente. Una solidez que se amplía y refuerza en el caso de las organizaciones de segundo nivel o de representación que, además, tienen una mayor capacidad de diversificación de ingresos que el grupo de entidades prestadoras de servicios (una de sus fuentes de ingresos es la financiación de fondos de la Unión Europea).

Si bien las entidades de la discapacidad tienen una mayor capacidad y solvencia financiera que el conjunto de las organizaciones del TSAS no por ello se distancian mucho de sus características generales. Así, la dependencia de los recursos del Estado es muy similar, tienen un bajo nivel de endeudamiento, y su situación patrimonial ha sido sólida hasta recientemente

Por tanto, el sector de la discapacidad es dependiente de los recursos del Estado (sobre todo por ser colaborador en la prestación de servicios) y al mismo tiempo ha tenido una notable solvencia financiera hasta la entrada en la crisis económica y financiera que confirma en buena medida una adecuada y eficaz gestión.

En un contexto de incertidumbre financiera a medio plazo las entidades de la discapacidad y, en general, del TSAS ven sus ingresos reducidos a la vez que sometidos a un mayor control del gasto. Lo cual está obligando a adoptar medidas de mejora en la gestión y búsqueda de nuevas formas de financiación. Mejoras de gestión como puede ser la creación de plataformas comunes para el acceso al mercado de trabajo, para la gestión de compras, el desarrollo de las tecnologías de la información y la formación; también potenciar el valor añadido de las entidades de la discapacidad en la gestión de servicios y que ello se traduzca en formas de discriminación positiva en las cláusulas sociales de concursos y contratos; la oferta de la gestión de servicios integrales a personas que el sector mercantil difícilmente puede ofrecer sino es a un elevado coste; presentación conjunta del sector o subsectores del TSAS a los diferentes concursos bajo formas amplias que integren la economía social; la necesidad de explorar nuevos campos de actividad de la economía social en nichos de economía sostenible y que impliquen la innovación social y el desarrollo de empresas sociales.

3. NECESIDADES Y POLÍTICAS SOCIALES EN EL HORIZONTE DE LA ESTRATEGIA EUROPA 2020 Y DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE DISCAPACIDAD 2012-2020

Del sucinto análisis de los dos epígrafes anteriores se deducen dos conclusiones generales: los avances en la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad en cuanto a ingresos, educación y empleo son aún insuficientes para poder afirmar que el reto de la inclusión social se encuentra en fase de superación. En segundo lugar, que este objetivo requiere un desarrollo activo de las políticas sociales de inclusión social por parte de las Administraciones Públicas, así como una mayor sostenibilidad organizativa y financiera del sector de las entidades sociales. Estas conclusiones enlazan directamente con los objetivos de la Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020. Nos referimos a continuación al coste estimado en el año 2020 del incremento de la empleabilidad y de la mejora educativa. Después a cómo reforzar la sostenibilidad de las entidades sociales de la discapacidad.

a) Mejorando la empleabilidad y la formación

Ya antes hemos señalado que existe una baja tasa de actividad laboral de las personas con discapacidad que se sitúa en torno a la mitad de la tasa de actividad de participación general en el mercado ordinario de trabajo. Esta misma tendencia se refleja en la tasa de empleo que, con un 27,7% en las personas con discapacidad, no llega a alcanzar la mitad de la tasa de empleo en el mercado laboral ordinario (60,6%); asimismo, esta realidad se segmenta según el tipo de discapacidad y, sobre todo, según el tipo de estudios.

Las políticas de fomento del empleo de las personas con discapacidad incluyen un conjunto de medidas de incentivos laborales y fiscales a las empresas para la creación y mantenimiento de los empleos que varían en función del tipo de empresa (CEE o empresa ordinaria) y de las características de la persona beneficiaria (sexo, edad, grado de discapacidad). EL análisis coste/beneficio de las medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad muestra que el excedente final es negativo en los CEE y positivo en las empresas ordinarias, sin considerar otros valores añadidos de tipo personal y social. La evidencia nos dice que los retornos de los impuestos y cotizaciones sociales ligados al puesto de trabajo inciden en la disminución del coste “neto” para la Administración Pública. En conjunto, el importe de los beneficios equilibra los costes de las bonificaciones del mantenimiento de los contratos indefinidos. En una empresa ordinaria, el importe de los beneficios puede duplicarse (2,4) disminuyendo el excedente cuando se trata de un contrato con una persona con especiales dificultades.

La Estrategia Española de la Discapacidad 2012-2020 señala que en 2020, se debería alcanzar una tasa de actividad del 55% y una tasa de empleo del 45%. La actual situación de crisis económica estructural condiciona cualquier estrategia de creación de empleo. Sin embargo, apostando a medio plazo y en un entorno económico más favorable, es posible establecer hipótesis razonablemente realizables. Así, en cualquier hipótesis de creación de empleo, en la que el 60% del total de empleos estuviera bonificado, los beneficios de las medidas de fomento del empleo serían netamente superiores a su coste. Así, para una tasa de empleo del 45% en 2020 los beneficios en cotizaciones sociales, IVA, IRPF e impuesto de sociedades exceden a los costes de las medidas de fomento de empleo en 392,8 millones de euros; para una tasa de empleo del 40% en 2020 exceden en 309,0 millones de euros al coste del fomento de empleo; para una tasa de empleo del 35% los beneficios exceden en 225,0 millones de euros a los costes; para una tasa de empleo del 30% los beneficios exceden a los costes en 141,1 millones de euros.

La población con discapacidad entre los 18 y los 24 años presenta unas tasas de abandono escolar prematuro superiores al 50%, sin diferencias significativas entre los dos sexos (57,2% hombres y 56,2% mujeres). Estas tasas son muy superiores a las de la población total como consecuencia, seguramente, de las dificultades específicas que tienen las personas con discapacidad para alcanzar los niveles educativos exigidos, en particular, si tenemos en cuenta que entre las discapacidades analizadas en la encuesta EDAD 2008 figuran precisamente las dificultades de aprendizaje y aplicación del conocimiento y desarrollo de tareas.

Si se mantienen las tasas iniciales de abandono escolar prematuro en 2020 nos encontraríamos con una población que abandona la escuela que estaría entre un mínimo de 25.000 y un máximo de 35.000 personas. Hacer frente a esta situación implicar prolongar la escolaridad de los jóvenes que sólo han conseguido alcanzar estudios primarios incompletos (entre 7.000 y 10.000 personas) y mejorar el rendimiento de los que llegan a tener estudios primarios completos (de 11.000 a 15.000 personas) de forma que consiguieran alcanzar la meta de la enseñanza secundaria. Como consecuencia de las deficiencias observadas en el sistema educativo y por razones de la propia discapacidad de algunas personas, el nivel de estudios alcanzado por las personas con discapacidad de 30 a 34 años es muy bajo con apenas un 20% de niveles formativos universitarios o similares y con acusadas diferencias entre hombres (15%) y mujeres (25%). El coste estimado de reducir la actual tasa de abandono escolar del 56,8% al 18,3% en 2020 estaría entre un máximo de 130,4 millones de euros al año y un mínimo de 96,2 millones, siendo la estimación del coste de la hipótesis central de 115,8 millones de euros, sobre la base de un coste medio por alumno que no contempla costes adicionales de apoyo especial. Por su parte, el

incremento de la tasa de titulados superiores en personas con discapacidad desde la actual del 19,3%, en el tramo de edades de 30 a 34 años, al 42,2% supondría un coste estimado adicional en 2020 que estaría entre un máximo de 205,8 millones de euros y un coste mínimo de 100,9 millones de euros, siendo el coste de la hipótesis central en 2020 de 160,8 millones de euros.

En todo caso es necesario tener en cuenta que la comparación de resultados educativos entre personas con discapacidad y la población sin discapacidad debe ser muy matizada y tener en cuenta los distintos tipos de discapacidad y las dificultades y barreras que se encuentran muchas personas con discapacidad.

b) Las organizaciones de la discapacidad han demostrado tener hasta la crisis económica actual un elevado grado de solvencia y sostenibilidad en el desarrollo de sus funciones de abogacía social, gestión de servicios e interlocución social e institucional. Conciliar dichas funciones no está exenta de ciertas tensiones financieras y funcionales que las entidades de la discapacidad han desarrollado garantizando la cohesión interna de todo el sector, lo que no es nada sencillo si consideramos la diversidad interna en cuanto a discapacidades, colectivos y tamaños organizativos.

La crisis económica y financiera actual, sobre todo desde 2010, ha multiplicado las necesidades y demandas sociales a la vez que los recursos disponibles se han reducido, tanto los procedentes del Sector Público, como los de fuentes privadas (en este caso el colapso de las Obras Sociales de algunas Cajas de Ahorro ha afectado a recursos que tenían una cierta estabilidad en las entidades sociales). La elevada dependencia de los recursos del Sector Público ha afectado de manera especial a las entidades sociales en los últimos años al ver recortadas las subvenciones anuales y los convenios plurianuales. También los conciertos estables que garantizan la prestación de servicios han sufrido recortes, lo cual afecta al empleo de las entidades y a la calidad de los servicios prestados. El resultado es que las entidades del TSAS, y dentro de este, el sector de entidades de la discapacidad, se ven sometidas a una gran presión financiera que afecta tanto al día a día de las organizaciones (prestación de servicios) como a las inversiones y a la planificación futura.

Pero el problema de la financiación no tiene su origen solamente en la crisis económica actual sino también en el propio sistema de financiación actual dependiente del Sector Público tal como señalaba en 2010 la Plataforma de ONG del TSAS al enfatizar en que “el sistema por el que la administración pública financia al TSAS es inadecuado, insuficiente y obsoleto, dado que no se ajusta a la realidad y evolución que el sector ha tenido en las últimas décadas y supone una barrera muy importante para el desarrollo del mismo. Esta financiación inadecuada, va en detrimento de los servicios que las organizaciones prestan a las personas más vulnerables de nuestra

sociedad y representa un agravio comparativo en relación a otros tipos de entidades. Los problemas estructurales de financiación se han agravado y evidenciado aún más si cabe en el actual contexto de crisis, en el que los servicios y programas están siendo desbordados, de modo que las entidades sociales han de incrementar y ampliar su atención, mientras que se reducen y precarizan sus vías de financiación” (5).

Ello ha supuesto un renovado debate en el conjunto del TSAS sobre la necesidad de diversificación de las fuentes de financiación que disminuya el riesgo de dependencia de la financiación pública. Al mismo tiempo, y en la medida en que las entidades de la discapacidad gestionan servicios públicos (educación, sociosanitarios, empleo protegido) de lo que se trata es de establecer un marco estable de colaboración entre éstas y el Sector Público, lo que en el debate del TSAS se denomina como creación de un Estatuto de Colaboración permanente entre Estado y sociedad civil organizada y cuyo objetivo no es tanto blindar la colaboración para reducir riesgos financieros sino de institucionalizar una colaboración cuyo objetivo es garantizar los derechos sociales de las personas con discapacidad (en general de las personas en situación de exclusión y vulnerabilidad) bajo un método de complementariedad que ha sido hasta ahora tan eficiente como eficaz. En este sentido la financiación del TSAS por el sector público no es sino una consecuencia de la complementariedad del Estado con la sociedad civil organizada de acción social.

Siendo esto así la garantía de la financiación de las entidades de la discapacidad, y en general del TSAS, puede hacerse por varias vías ya señaladas en los debates de la sociedad civil organizada y sus plataformas como son: cambios en la ley de subvenciones para que la gestión de las mismas se haga con criterios flexibles a la vez que transparentes; el desarrollo de convenios a largo plazo entre TSAS y Estado; mayor exigencia de las cláusulas sociales; un tratamiento no discriminatorio del TSAS en cuanto al IVA; nuevas formas de financiación a corto-medio plazo por parte de las entidades financieras; reforzar el 0,7 del IRPF como fuente estable y flexible de financiación desde una óptica de gestión que garantice la cohesión territorial y social; el incentivo fiscal de las aportaciones particulares; una amplia reestructuración del TSAS mediante fórmulas negociadas y eficaces de fusión y creación de modos de colaboración permanente; y mejoras en cuanto a transparencia y rendición de cuentas de las ONG.

Las pequeñas organizaciones son necesarias para detectar nuevas necesidades y dar respuestas puntuales a problemas específicos. Sin embargo, en el sector de

⁵ Fresno García, J. M. y Tsolakis, A. (2010) Plan Estratégico del Tercer Sector de acción social. Propuestas para Mejorar la Financiación Pública del Tercer Sector de Acción Social. Madrid: Plataforma de ONG de Acción Social.

la discapacidad, y en general en el conjunto del TSAS, existe una polarización en cuanto a tamaño organizativo muy acusada. De ahí que la reestructuración del sector de la discapacidad sea una exigencia ante la evidencia de que la mitad de las organizaciones tienen un tamaño económico pequeño. Promover la ampliación de las organizaciones intermedias puede facilitar la respuesta a las necesidades de las personas. Se trata de evitar duplicidad de actividades, generar sinergias y colaboración y, finalmente, realizar fusiones de entidades donde sea necesario. El tamaño no es la única solución a los riesgos de la dependencia financiera pero sí una de las vías de mejorar la eficacia y la eficiencia de las entidades.

La sostenibilidad de las entidades de la discapacidad no es un objetivo en sí mismo sino que está al servicio del desarrollo de los derechos sociales de las personas con discapacidad y del desarrollo social. La garantía de la misma, por tanto, se puede lograr, afianzando la colaboración entre las entidades sociales en general (lo que implica una cierta reestructuración interna y colaboración más estrecha con el conjunto del TSAS), estabilizando la cooperación con el Sector Público en la gestión de servicios públicos (una marco estable y a largo plazo de trabajo conjunto) y ampliando el apoyo en la sociedad civil (reforzar la visibilidad y movilización de las entidades sociales a la vez que ampliar otros apoyos ya creados (a través de la RSC) o pendientes de crear (a través de los nuevos movimientos sociales).

Son políticas necesarias aquellas que satisfacen derechos sociales de las personas con discapacidad (educación, sanidad, servicios sociales e inserción laboral) que, como las del conjunto de los ciudadanos, no pueden someterse a recortes de gasto público que hagan inviable su satisfacción o deterioren la calidad bajo la justificación del impacto financiero de la crisis. Tales derechos se desarrollan a través de una inversión social que apoya a la persona con carencias o con necesidad de apoyos en prestaciones y servicios, que en todo caso promueve la autonomía y capacidad de las personas con discapacidad como objetivo central de la política social y que desarrolla una sociedad inclusiva.

4. CONCLUSIONES

Las políticas para la discapacidad se centran en la eliminación de todo tipo de barreras, en el reconocimiento de las diferencias de capacidades y en la satisfacción de necesidades sociales en el ámbito de la garantía de rentas, inserción laboral y acceso a servicios públicos de educación, sanidad y servicios sociales.

Lograr todos estos objetivos supone construir una sociedad inclusiva a partir de un Estado de Bienestar universal y efectivo y una sociedad organizada que los de-

fienda y promueva, en la que las entidades sociales de la discapacidad tienen un papel relevante.

Los avances logrados en los tres últimos decenios —entre 1981 y 2013—, en inclusión de las personas con discapacidad han sido notables, sobre todo en eliminación de barreras de todo tipo, acceso al mercado de trabajo e integración educativa. Pero dichos avances han sido insuficientes a pesar de las amplias intervenciones del Estado vía regulación, financiación y provisión de servicios y prestaciones. La Estrategia Española de Discapacidad 2012-2020 refleja justamente esta ambivalencia: notables avances y no pocos retos pendientes.

Para hacer frente a los retos es necesario, en primer lugar, ampliar el conocimiento social de la situación de las personas con discapacidad. Las encuestas del INE de 1999 (EDDES) y 2008 (EDAD), así como los módulos de empleo de la EPA, han contribuido a la mejora de la información en base a la cual los investigadores de diferentes ramas del conocimiento social están profundizando en el saber sobre la discapacidad.

La evidencia nos dice que los planes y programas de acción de las entidades sociales tienen que trabajar al mismo tiempo, como en buena medida lo hacen, en varios frentes: eliminación de barreras, promover el acceso al empleo, lograr una educación de amplia cobertura y mínimo abandono y fracaso escolar y garantizar unos ingresos y un acceso eficaz a los servicios sociales y sanitarios.

En este sentido los objetivos del sector de la discapacidad son claros: exigir el cumplimiento de las medidas de incentivos al empleo de las personas con discapacidad ya que sus beneficios sociales y económicos son patentes; reducir la tasa de abandono escolar antes de 2020 del actual 56,8% al 18,3 en 2020, así como elevar la tasa de titulados superiores del 19,3% al 42,2% de la población con discapacidad entre 30 y 35 años; reducir a la mitad la tasa de pobreza severa (del 12,7 al 6,4 en 2020) y en parte la relativa (del 20,5% al 15,3%) ya que su coste se recupera en forma de demanda efectiva, ahorros de costes sanitarios y mejora de la calidad de vida.

La amplísima producción de normativa favorable a las personas con discapacidad requiere de un mayor cumplimiento. Las regulaciones son necesarias pero no suficientes cuando se trata de materializar derechos sociales que requieren recursos estables. De ahí que las entidades de la discapacidad, para lograr dicha garantía, no solo tienen que revitalizar la capacidad de movilización, en conexión con el conjunto de la sociedad civil (TSAS y nuevos movimientos sociales) con el fin de que su “voz” trascienda a las entidades, sino también avanzar con mayor rapidez en la articulación del TSAS, acelerar a nivel de Estado y de las Comunidades Autónomas

la puesta en marcha de “estatutos de colaboración preferente”, y finalmente, potenciar la economía social bajo fórmulas de proyectos de innovación y empresas sociales que creen empleo y den origen a nuevas formas de financiación.

La dimensión europea es central en la estrategia de futuro de las entidades de la discapacidad, no solo por formar parte de la Estrategia Europea de Discapacidad sino también por la existencia de programas estructurales de inclusión y empleo (sobre todo vía Fondo Social Europeo) a través de los cuales las entidades sociales, como ya lo hacen, pueden desarrollar proyectos europeos de inversión social e innovar en cuanto a objetivos, medios y formas de organización.

Finalmente, el día a día de las organizaciones sociales puede hacer perder de vista que la crisis económica y financiera tiene su reflejo profundo en la crisis del Estado de Bienestar, plataforma de apoyo de las entidades en su lucha contra la discriminación y la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad. Gestionar servicios es necesario pero la razón de ser profunda de las entidades es la defensa de los derechos sociales. En este sentido la crisis actual es una crisis estructural que afecta a la propia existencia del Estado de Bienestar, uno de los pilares fundamentales de apoyo a la sociedad civil organizada. Las organizaciones están inevitablemente llamadas a debatir sobre el futuro del Estado de Bienestar y sobre las tendencias de desarrollo de la reforma social ya que ello condicionará su desarrollo institucional futuro. De ahí que el sector de la discapacidad, junto con todo el TSAS, está obligado a avanzar hacia un discurso y estrategia común que haga visibles los graves problemas de cohesión social que la crisis está generando y diseñe acciones en favor de los colectivos excluidos y vulnerables.

Capítulo XVII

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO FACTOR DE INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS: NUEVAS ORIENTACIONES

Luis Cayo Pérez Bueno

Presidente

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Seguridad Social fue el primer sistema de protección social que tomó como hecho relevante las situaciones de discapacidad, introduciéndolas, bien que muy modestamente, en sus coberturas y dispensando crecientes prestaciones. No obstante este carácter pionero, no es en la actualidad el Sistema de Seguridad Social el principal dispositivo de la acción pública en relación con la discapacidad. Esa función la desempeñan las políticas públicas de discapacidad, que sobre el núcleo expansivo de las políticas sociales, abarcan hoy otras muchas políticas (principio de transversalidad), que forman un conglomerado no sistemático ni ordenado pero con entidad expansiva.

Pero el que la Seguridad Social no sea, ni haya de ser, el instrumento primordial de acción pública en materia de protección y promoción de los derechos sociales de las personas con discapacidad, no significa en modo alguno que no pueda tener un papel más activo y ambicioso en la mejora de las condiciones de vida y ciudadanía de estas personas y la de sus familias. Se trataría de potenciar, normativa y políticamente, los factores inclusivos que puede cobijar nuestro Sistema de Seguridad Social, a propósito de la discapacidad, incorporando nuevas orientaciones. No se trata de alterar ni de forzar los principios esenciales de este sistema de protección

social, para, de esta guisa, obtener una mejora espuria o impropia de las coberturas, sino de ahondar en las capacidades del ordenamiento de la Seguridad Social, con respeto a sus lógicas internas, e innovando cuando sea preciso, para favorecer la inclusión social de las personas con discapacidad.

Títulos legales habilitantes para esta reforzamiento de la dimensión de la discapacidad por parte de la Seguridad Social no faltan, precisamente. Al artículo 49¹ de la Constitución Española, se ha sumado el mandato de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por el Reino de España, cuyo artículo 28, dedicado a garantizar el nivel de vida adecuado y la protección social, dispone: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho”. Este tratado internacional forma parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008, por lo que resulta aplicable a todos los efectos, que son muchos, a los que la Convención alcanza, incluida una protección social adecuada sin discriminaciones por razón de discapacidad.

Las nuevas orientaciones que hay que imprimir al Sistema de Seguridad Social han de partir de un examen, aunque sea somero, de las distorsiones que en este momento impiden o dificultan el pleno acceso de las personas con discapacidad a los niveles de cobertura social considerados como normales o medios.

Estas distorsiones, en gran medida no deliberadas, son producto de elementos de distinta naturaleza que se superponen entrando en conflicto y provocando efectos indeseables, que hay que tratar de erradicar. De un lado, nuestro Sistema de Seguridad Social es preferentemente de base contributiva, ligada al ejercicio de una actividad laboral lucrativa previa por parte del trabajador. Digamos que esta es la puerta ordinaria de entrada al Sistema. Pues bien, habida cuenta de que las personas con discapacidad presentan con generalidad dificultades intensas de inserción laboral, sufriendo elevadas cotas de desempleo y, lo que es peor, bajas tasas de actividad laboral, la incorporación de personas con discapacidad a las cobertura normales de la Seguridad Social por *la vía ordinaria* del ejercicio de un actividad laboral se ve seriamente mermada en relación a las personas sin discapacidad. Se produce, por la situación estructural de empleo de estas personas, un déficit de ingreso en

¹ “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos (*sic*) físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

posiciones reforzadas, quedando, eso sí, la vía subsidiaria de las prestaciones no contributivas del Sistema fundadas en el estado de necesidad.

Pero incluso en el caso de aquellas personas con discapacidad que desempeñan un trabajo remunerado que da lugar a la incorporación al Sistema, las condiciones no suelen ser las normales, pues sus carreras de seguro y sus niveles cotización, por hechos derivados o asociados a su situación de discapacidad (menor cualificación formativa que aboca a empleos de baja retribución y retardo en ingresar en el mercado de trabajo o salida anticipada, siempre por razón de discapacidad), son inferiores a la media del resto de trabajadores. Acceden pocos y en las escalas más modestas de protección. Esto es una realidad, no querida, bien es cierto, pero no por eso de efectos menos excluyentes para las personas con discapacidad en términos de protección social. Se hace preciso, por ende, replantearse, para estos casos, los condicionamientos de un Sistema que genera barreras de entrada, a veces infranqueables, o inclusive espirales de expulsión o de coberturas atenuadas, que no alcanzan los niveles mínimos.

Con todo, los problemas estructurales para las personas con discapacidad en lo que hace al Sistema de Seguridad Social no se detienen ahí. Por ejemplo, una muestra de la inadecuación de sus actuales normas en relación con las situaciones de discapacidad, se produce respecto del régimen de las incapacidades permanentes, que son consecuencia de una discapacidad adquirida en el desempeño de una actividad laboral. Nuestro ordenamiento de Seguridad Social, de una rigidez extrema y antieconómica, prima la inactividad y por tanto la protección pasiva, declarando incompatibles de modo casi absoluto la discapacidad con el ejercicio de un empleo. Se recrudece el fenómeno de expulsión del mercado laboral referido antes, comprometiendo de forma grave el derecho al trabajo de toda persona, sin discriminaciones por motivos de discapacidad, y sobrecargando al Sistema de prestaciones puramente pasivas (pensiones). Son paradojas de un ordenamiento que adolece de una inflexibilidad intolerable, que las situaciones de discapacidad ponen claramente de manifiesto o, siendo audaces en la expresión, en evidencia.

Si a todo lo anterior unimos la insuficiencia de los niveles protectores de nuestro Sistema de Seguridad Social para el resto de situaciones cubiertas —no ligadas directamente a las contingencias de empleo o salud del trabajador— como las prestaciones familiares o los servicios sociales complementarios, se comprueba que para las personas con discapacidad, por este cúmulo de factores, la protección de la acción pública en esta materia llega de modo debilitado o a veces no llega, lo que nos obliga a efectuar nuevos planteamientos que a la par que extienden la base social (con discapacidad) protegida (en la dimensión personal y en la familiar), introduzcan

elementos de activación que contribuyan a la mejora económica del Sistema. Se precisan, pues, nuevas orientaciones, para hacer del Sistema de Seguridad Social, como reza el título de este artículo, un factor de inclusión, de mayor y efectiva, de las personas con discapacidad.

Sobre lo dicho, la formulación sumaria de estas nuevas orientaciones quedaría enunciada en estos términos:

1º Considerar las situaciones de discapacidad, bien en el plano individual o en el familiar, como especialmente relevantes a efectos de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, singularizándolas en caso necesario, o reforzando la protección cuando se presenten en el seno de otra contingencia cubierta. Todo ello, sobre la base legal de los artículos 9,2, 39, 41 y 49 de la Constitución Española, del artículo 28 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de los mandatos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

2º Establecer como principio informador del ordenamiento y de la intervención en materia de Seguridad Social el de activación de las personas, más allá de sus circunstancias personales o de su entorno, lo que incluye muy en primer término a las personas con discapacidad. El objetivo primordial es el de que las personas accedan a un empleo digno y de calidad, decente, en suma, y por tanto ingresen de pleno derecho en el Sistema de Seguridad Social. La legislación y la práctica deben favorecer la activación de las personas con discapacidad (cuyo principal problema en relación con el empleo es la inactividad), suavizando las rigideces actualmente existentes de modo que se permita el tránsito y compatibilizando las medidas pasivas con las activas². Esto comprende tanto las prestaciones ante contingencias como la incentivación del acceso al empleo, mediante bonificaciones o reducciones propias del ordenamiento de Seguridad Social.

3º Flexibilizar las vías de ingreso y permanencia en el Sistema de Seguridad Social a personas con discapacidad, regulando relaciones de nuevo cuño, no vinculadas en exclusiva o condicionadas al desempeño previo de una actividad laboral por parte de la persona y que permitan canalizar su esfuerzo económico o el de

² La Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012 aprobada por el Consejo de Ministros el 26 de septiembre de 2008 apuntaba en ese sentido, al establecer como línea de acción la de “promover que los sistemas de protección social, y en especial el de Seguridad Social, no supongan trabas para la activación y por tanto el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, y que al mismo tiempo estimulen, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas”.

su familia o entorno a la generación de derechos que den lugar a prestaciones. Se trataría de ampliar las posibilidades, hoy escasas, que tiene ciertas personas o grupos, como las personas con discapacidad, cuyo acceso al mercado laboral presenta enormes dificultades, para generar derechos por sí mismos, más allá de su situación de actividad o inactividad.

4º Prever específicamente las situaciones de discapacidad que concurren en las contingencias cubiertas como acreedoras de protecciones reforzadas, como los complementos de mínimos, dada la baja intensidad de cobertura con que cuentan las personas con discapacidad y las familias en las que se integran, por las razones ya expuestas.

5º Ampliar el campo y la intensidad de cobertura de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, tanto las estrictas como las denominadas de solidaridad, para proteger de modo más efectivo a las personas con discapacidad y a sus familias. A este propósito, el régimen actual puede y debe ser actualizado y perfeccionado, y extendido con nuevas prestaciones o con complementos a las vigentes, por motivos de discapacidad. En este, sentido cabría una acción normativa más ambiciosa en relación con la extensión de los Servicios Sociales complementarios, propios de la Seguridad Social³ (no de las políticas de asistencia social), que podría redundar en una mayor protección de las personas con discapacidad.

He aquí la enunciación de unas nuevas orientaciones que de seguirse de seguro mejorarán la situación de las personas con discapacidad por medio de la acción pública del Sistema español de Seguridad Social. Su materialización en iniciativas y medidas concretas no será siempre fácil y nunca inmediata, pero es el momento de imprimir un giro más acentuado que el experimentado hasta ahora a las políticas de Seguridad Social en relación con la discapacidad. En el apartado siguiente, se proponen algunas iniciativas y medidas de concreción de estas orientaciones, para un período que podría llegar hasta 2020. Se trata de propuestas, hacederas y facti-

³ La aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia ha sido una oportunidad lastimosamente desaprovechada, al carecer el nuevo sistema de protección social creado (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia - SAAD) de conexión con el Sistema de Seguridad Social. Muchos instancias sociales, entre ellas la representación asociativa de la discapacidad encarnada en el CERMI, preconizó que las nuevas prestaciones de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia se incardinasen en la Seguridad Social, pero el Legislador optó por otro modelo cuyas dificultades de implantación son más que evidentes, entre otras cuestiones, por la debilidad del título competencial elegido y por la renuncia a que formase parte del Sistema de Seguridad Social. Razones para esta incardinación pueden examinarse en CERMI (2004) *La protección de las situaciones de dependencia en España*.

bles, suficientemente justificadas, dirigidas al Legislador y al Gobierno, que debieran ver la luz en los próximos años, a fin de potenciar las posibilidades aún inéditas o poco explotadas que tienen la Seguridad Social y su ordenamiento para favorecer la inclusión de las personas con discapacidad.

2. PROPUESTAS DE MEJORA PARA EL PERÍODO 2014-2020

En este apartado, se formulan las medidas que bien en la esfera de la protección o bien en la de la activación se deberían promover por parte del Legislador y del Gobierno para favorecer la posición económica de las personas con discapacidad y de las familias en las que se integran, y que redundaría en un mayor grado de autonomía personal para los componente de este grupo social. Desde una óptica social y política, estas medidas, en tanto que persiguen, de un lado, convertir en sujetos activos —y por tanto, aportantes natos al Sistema— a muchas personas que ahora mismo, por los déficits estructurales del entorno laboral y social, permanecen inactivas, y, de otro, intensificar la protección de necesidades derivadas de la presencia de una discapacidad no suficientemente cubiertas, tendrían que ser bien recibidas y es de esperar que obtengan un amplio respaldo.

Distinguiendo por esferas, se proponen las siguientes medidas.

2.1. En la esfera de la protección

2.1.1. Pensiones de jubilación

En este ámbito, se proponen la adopción de dos iniciativas normativas:

2.1.1.1. Tener en cuenta la situación de discapacidad como un hecho relevante a la hora de plantearse cualquier modificación del régimen de las pensiones de jubilación, realidad que merece el reconocimiento de especificidades normativas que preserven un tratamiento apropiado a los trabajadores con discapacidad que acceden a esta prestación.

Esta recomendación ha sido omitida infortunadamente por la reciente Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, que no ha establecido ninguna previsión particular respecto de las personas con discapacidad en lo tocante al nuevo factor de sostenibilidad. A pesar de que las personas con discapacidad presentan distinta esperanza de vida por mor de su discapacidad en relación al resto de la

población sin discapacidad, la nueva norma legal ha eludido considerar este hecho, dotándolo de una consecuencia jurídica, lo que resulta censurable desde una óptica de equidad, pues las situaciones diferentes han de tener soluciones diferenciadas.

2.1.1.2. Extender a los funcionarios públicos incluidos en el régimen de clases pasivas la jubilación anticipada en los mismos términos que la ya regulada en la LGSS y en sus desarrollos reglamentarios para los trabajadores con discapacidad incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Ante supuestos de hecho análogos, no caben respuestas divergentes, que pueden generar desigualdades de trato no justificadas.

2.1.2. Pensiones de orfandad

Flexibilizar la regulación de las pensiones de orfandad, en el caso de perceptores de las mismas con discapacidad, para que sean plenamente compatibles con el desarrollo de un trabajo remunerado, así como con otras pensiones del Sistema de Seguridad Social (pensión contributiva por incapacidad permanente o por jubilación) que el propio pensionista de orfandad haya podido generar en el despliegue de una actividad laboral.

2.1.3. Prestaciones familiares

Las mejoras en las asignaciones por hijo a cargo con discapacidad que se proponen son las siguientes:

2.1.3.1. Incrementar la cuantía de la asignación económica por hijo a cargo, en los casos de hijo con discapacidad menor de 18 años, ya que la cuantía sigue siendo escasa, a pesar de los incrementos experimentados en los últimos años, teniendo en cuenta las atenciones y mayores gastos que precisa un menor con discapacidad, por lo que la eficacia protectora de la prestación se resiente, cuando no desaparece.

2.1.3.2. El establecimiento de una asignación económica específica, a favor de los personas con discapacidad a cargo, menores de 18 años, cuando los mismos tienen acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65%. No cabe duda de que para una familia la atención continuada y, en consecuencia, los gastos ocasionados por la misma, son muy diferentes y siempre más cuantiosos, en función del grado de discapacidad.

2.1.3.3. La instauración de una asignación económica por hijo a cargo con discapacidad, mayor de 18 años, cuando su grado de discapacidad fuera inferior al 65%.

En la situación actual, al llegar la persona con discapacidad a los 18 años, la familia pierde la renta económica, aunque el grado de discapacidad del hijo sea elevado (por ejemplo, un 64%). Para remediar esta situación, se propone el establecimiento de una prestación, en favor de las familias, por cada persona con discapacidad con 18 o más años, con un grado de discapacidad inferior al 65%, siempre que el mismo estuviese a cargo de las primeras. La cuantía de la nueva asignación se situaría en un importe entre la cuantía a favor de las familias con hijos con discapacidad a cargo, menores de 18 años, y la correspondiente a los mayores de dicha edad cuando tienen acreditado un grado igual o superior al 65%.

2.1.3.4. Establecer pagas extraordinarias en las asignaciones familiares y, en especial, en las correspondientes a las familias con hijos con discapacidad que sean mayores de 18 años y un grado de discapacidad igual o superior al 65%. Con ello, se mejoraría la protección de las familias señaladas, y se acomodarían estas asignaciones a su verdadera naturaleza (más allá de la denominación jurídica), cual es la configuración de unas auténticas pensiones para las personas con discapacidad, aunque reconocidas en favor de las familias en las que se integran.

2.1.3.5. Establecimiento de un complemento en concepto de Ayuda por Atención Temprana en las asignaciones por hijo a cargo.

Se propone incrementar en un 100% la asignación por hijo a cargo cuando este presente una discapacidad, en el período comprendido entre el nacimiento y los 6 años de edad, que se devengaría desde el momento en que dicha discapacidad fuese detectada. Este aumento se destinaría por la unidad familiar para compensar los gastos derivados de la atención temprana y la estimulación precoz del menor con discapacidad, dirigidas a potenciar sus plenas capacidades y su autonomía personal. El límite superior de 6 años se fija por cuanto es la edad a la que suele extenderse la atención temprana.

2.1.4. En relación con las pensiones no contributivas.

2.1.4.1. Elevar la cuantía de las pensiones no contributivas por discapacidad a fin de que se equiparen al menos al IPREM vigente en cada momento.

2.1.4.2. Modificación de la legislación reguladora de las pensiones no contributivas por razón de discapacidad para que solo se compute como renta a efectos de determinar los ingresos económicos los de la persona eventualmente beneficiaria, a título individual, y no los de la unidad económica en la que se integra, como sucede en la actual regulación. La individualización a la hora de la determinación de la

capacidad económica es el criterio, con pleno acierto, por el que ha optado la Ley 39/2006, a efectos de sus prestaciones, y se impone que se traslade a las pensiones no contributivas para menores de 65 años.

2.1.4.3. De igual modo, se propone suprimir el límite de cuatro años para compatibilizar el trabajo remunerado con la pensión con contributiva, prolongando indefinidamente la posibilidad de percibir ambos ingresos, así como elevar la cuantía acumulable compatible.

Además, resulta ineludible avanzar en la ampliación de la compatibilidad entre la percepción de una pensión no contributiva para menores de 65 años con la realización de una actividad laboral productiva, pues el marco normativo de esta materia, adoptado en 2005, se ha revelado claramente insuficiente.

El objetivo ha de pasar por promover que el Sistema de Seguridad Social no suponga trabas para la activación y por ende el acceso al empleo, tanto por cuenta propia como por ajena, de las personas con discapacidad, y que al mismo tiempo estimule, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas. Así, se incentiva también el emprendimiento de las personas que perciben estas pensiones. De esta forma, las personas pasarían de ser únicamente perceptores a ser también contribuyentes fiscales y cotizantes a la Seguridad Social. A la par, se promueve la activación de dichas personas, mejorando también la situación de los perceptores cuando participen en acciones de inserción laboral a través de prácticas o becas, sin que exista relación laboral, ya que dichos programas son un medio muy válido para incorporarse al mercado laboral.

Con tal fin, se ha de mejorar la Ley 8/2005, de 6 de junio (que modificó el artículo 147 de la Ley General de Seguridad Social), para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado, con el propósito de:

- Aumentar los ingresos por trabajo que se permiten compatibilizar con el percibo de la pensión de invalidez no contributiva. La suma de la pensión y los ingresos por el trabajo no podrá superar el duplo del IPREM (ahora el tope es la cuantía de este). Si excede de ese tope se minora la pensión en un 50% del exceso, sin que la suma de la pensión y los ingresos por el trabajo superen 3 veces el IPREM (ahora 1,5).
- Se excluirá de los ingresos computables a efectos de la carencia de rentas, el importe de las becas o compensaciones por la realización de prácticas profesionales no laborales.

2.1.4.4. Finalmente, hay que extender las pensiones no contributivas no solo a aquellas personas con discapacidad con un grado igual o superior al 65%, sino que abarque también a los considerados como grupos de discriminación positiva, con independencia de que su grado de discapacidad sea inferior a 65% (son tales aquellos con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral⁴).

2.1.5. Convenio especial

Fomentar la extensión de la figura del convenio especial de Seguridad Social destinado a las personas con discapacidad que no pueden desarrollar una actividad laboral o permanezcan inactivas, de modo que pueden cotizar a la Seguridad Social para tener cubiertas ciertas contingencias sociales. Este convenio especial ha sido finalmente adoptado por el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral, cumpliendo así el mandato del apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que encomendaba al Gobierno la regulación de una nueva modalidad de convenio especial que suscribirían las personas con discapacidad que presentaran especiales dificultades de inserción laboral, a efectos de la cobertura de las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia.

2.1.6. En relación con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia

Se proponen dos medidas:

2.1.6.1. Aprovechar la evaluación y revisión que se están produciendo de esta Ley para plantearse la incardinación esta nueva modalidad de protección social con el Sistema de Seguridad Social.

⁴ Legalmente tienen esta consideración los establecidos en las letras a) y b) del apartado 2,2) del artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo. Son estos: personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por 100, así como personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por 100.

2.1.6.2. Eliminación de la deducción por el complemento de gran invalidez y análogos en las prestaciones por dependencia.

Se plantea la modificación de la redacción del artículo 31 de la citada Ley, que establece la deducción automática en las prestaciones por dependencia de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad dispuesta en los regímenes públicos de protección social. Esta deducción automática resulta injusta y hasta un tanto arbitraria, pues las condiciones de reconocimiento en esos otros regímenes son muy disímiles de las reguladas para las prestaciones por autonomía personal y dependencia, y llevan consigo una minoración en la protección final resultante. Se sugiere regular un sistema de límite máximo de compatibilidad de prestaciones concurrentes, que permita a la persona garantía de suficiencia para su autonomía personal, pero en ningún caso reducción automática.

2.2. En la esfera de la activación

2.2.1. Nueva regulación de la incapacidad permanente y su compatibilidad con la actividad laboral⁵

Nuestro Sistema de Seguridad Social establece separaciones rígidas entre las situaciones de actividad laboral e inactividad por causa o a consecuencia de una discapacidad que da origen a una prestación económica. La tendencia ha de ser a la de la activación, es decir, a la de favorecer la permanencia del trabajador con discapacidad en situación de actividad, compatibilizándola con medidas de protección pasiva justas, razonables y proporcionadas, que no supongan reducción de los niveles de protección social. La actual regulación produce el efecto expulsión del mercado de trabajo y desincentiva la permanencia en situación de actividad laboral. Resulta necesario acometer una renovación del ordenamiento de la Seguridad Social para articular mecanismos que sin reducir la intensidad de protección en ningún caso, sean acordes con las nuevas orientaciones que presiden esta materia.

⁵ La Estrategia Global de Acción para el Empleo de la Personas con Discapacidad (2008-20012), ya citada, se hacía eco de esta necesidad de cambio de rumbo al contener esta línea de acción: "Tomar medidas para que las pensiones por incapacidad de quienes se incorporan al trabajo no se vean reducidas por haber accedido la persona con discapacidad a un empleo, si la integración laboral no resulta exitosa".

2.2.2. Nuevo régimen de la discapacidad sobrevenida en la legislación laboral y en la de Seguridad Social

En línea análoga a la que se enunciaba en el subapartado anterior, es preciso reformar la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores) y de Seguridad Social (LGSS) para regular de forma distinta a la vigente hasta ahora la discapacidad sobrevenida, a fin de que en ningún caso determine de forma automática la extinción de la relación laboral del trabajador que adquiere la discapacidad mientras mantiene su relación laboral. Se trata de desterrar de nuestra legislación mecanismos de expulsión directa del mercado de trabajo por causa de la adquisición de una discapacidad. La tendencia ha de ser la de conciliar y hacer compatibles medidas activas de mantenimiento en el empleo y pasivas de atención a las necesidades que genera la discapacidad sobrevenida, a través de un plan individualizado “ad hoc”.

Conectado con lo anterior, se plantea también orientar la acción de la Mutuas de la Seguridad Social⁶ hacia la habilitación, rehabilitación y recolocación de los trabajadores con discapacidad sobrevenida. Ante el anuncio de una nueva regulación de las mutuas de la Seguridad Social que prepara el Gobierno, estas deberían asumir por ley funciones en materia de rehabilitación, reorientación profesional y recolocación de los trabajadores que en el desempeño de su actividad laboral adquieran una discapacidad, bien sea como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional o por otras causas.

Ante la aparición de una discapacidad en un trabajador en activo, nuestro actual Sistema de Seguridad Social interviene y de modo muy poco intenso en caso de discapacidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades ligadas directamente al trabajo, y solo para paliar sus consecuencias inmediatas, descuidando aspectos esenciales para la continuidad laboral del trabajador como la rehabilitación, la reorientación y la recolocación,

El objetivo prioritario debería ser la permanencia del trabajador con discapacidad sobrevenida en el trabajo, su mantenimiento en activo, para lo cual las mutuas de la Seguridad Social, en su nueva configuración, tendrían que incorporar a sus cartera de servicios funciones de apoyo a los trabajadores con discapacidad sobrevenida, cualquiera que sea el origen de esta, proporcionándoles apoyo, asistencia

⁶ Con fecha 5 de diciembre de 2013, el Consejo de Ministros (Gobierno de España) recibió informe del Ministerio de Trabajo y Seguridad social sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

y acompañamiento para su reorientación profesional acorde con su nueva situación de discapacidad.

Entre estas nuevas tareas de las mutuas, se incluirían también las de servir de instancias especializadas asesoras a las empresas para la adaptación, acondicionamiento del puesto de trabajo y del entorno laboral a la nueva situación de los trabajadores con discapacidad sobrevenida y la realización de los ajustes razonables precisos para su mantenimiento en el empleo.

2.2.3. Bonificaciones por contratación de trabajadores con discapacidad

Las bonificaciones en las cuotas del empleador o empresario a la Seguridad Social por la contratación de trabajadores con discapacidad es una medida de fomento de empleo, con un largo recorrido en nuestra legislación y que ha experimentado diversas vicisitudes, en general, positivas en cuanto progresivamente se han ampliado las ayudas y se han tratado de adaptar a la distinta realidad de las personas con discapacidad, tomando en consideración elementos como la edad, el género, el tipo de discapacidad, las mayores o menores dificultades de inserción, etc. La regulación actual de estas bonificaciones se halla establecida en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo. Dicho régimen legal adolece de ciertas deficiencias, contrarias al espíritu que anima la medida, que sería necesario subsanar, por lo que debería ser objeto de una revisión completa para dotarlo de mayor potencialidad como incentivo a la generación de empleo para personas con discapacidad.

2.2.4. Trabajadores autónomos con discapacidad

Los trabajadores con discapacidad que se han constituido como autónomos no cuentan con un sistema de bonificaciones sociales, como medida de incentivación al empleo, equiparable al que disponen los trabajadores por cuenta ajena. Se ha de avanzar hacia una igualdad de tratamiento entre unos y otros, habida cuenta además de que el factor emprendimiento en personas con discapacidad debía ser objeto de un especial fomento por parte de los poderes públicos, incluido el Sistema de Seguridad Social y las políticas activas de empleo.

Es necesario establecer un marco específico de estímulos a los trabajadores con discapacidad que se constituyan como autónomos, equivalente en variedad e intensidad de apoyos al existente para los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad, de forma que se estimule el emprendimiento.

Por tanto, deberían regularse reducciones en las cuotas a la Seguridad Social por parte de estos trabajadores de carácter indefinido, no temporales como son ahora. Asimismo, las cuantías de reducción en las cotizaciones tendrían que ser equiparables a las que se aplican las empresas por trabajadores con discapacidad por cuenta ajena. En estos momentos, son muy inferiores y más planas (no diferencian en atención a factores como género, edad, dificultades de inserción, etc.).

La regulación hacia la que habría que encaminarse debería ser flexible en el sentido de permitir a los autónomos con discapacidad que estaban ejerciendo su actividad económica antes del reconocimiento legal de las reducciones a que puedan disfrutar de las mismas a partir de que lo soliciten previa acreditación de su discapacidad, así como a los autónomos que adquieran una discapacidad sobrevenida y deseen continuar con su actividad laboral.

2.3. Actualización terminológica

En la línea de lo dispuesto por la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre⁷, debería actualizarse y uniformarse las denominaciones que en el ordenamiento de la Seguridad Social reciben las personas y las situaciones de discapacidad. Vocablos como “invalidéz”, “inválido”, “incapacitado”, “minusvalía” y otros de análogo linaje, anclados en concepciones felizmente superadas de esta realidad, han de ser sustituidos por otros, previa definición legal, en ciertos casos, o adopción o préstamo de nociones ya vigentes en otros sectores del ordenamiento jurídico, en especial de la Convención de la ONU y del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 2 de diciembre.

2.4. Proceso de adopción de las medidas

La mayor parte de las medidas formuladas en este apartado necesitan modificación normativa, bien legal o reglamentaria. Se precisa pues que entren a formar parte de la agenda política en materia de Seguridad Social en los próximos años. Para lo cual, sería deseable, en primer término, que fueran asumidas por el gran

⁷ El tenor de esta Disposición Adicional Octava es el siguiente “Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas”.

acuerdo político que sirve de base a la política legislativa en esta área, a saber: el denominado Pacto de Toledo.

Dado que este Pacto está permanentemente abierto, siendo objeto de revisión y actualización, a través de los trabajos de la Comisión no permanente del Congreso de los Diputados de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, lo más aconsejable sería que estas nuevas orientaciones y las propuestas en que se concretan figuraran entre las recomendaciones del Pacto de Toledo, en la distintas fases de sus trabajos. Simultáneamente, deberían ser debatidas y respaldadas por la Mesa De Diálogo Social, en la que el Ejecutivo y los agentes sociales conciertan directrices y actuaciones conjuntas en materia socio-económica, de empleo y de protección social. Asimismo, habida cuenta de que son propuestas surgidas de las propias personas con discapacidad y sus familias y a ellas dirigidas, canalizadas por el tejido asociativo articulado en torno a este sector social, han de ser objeto de diálogo, acuerdo y seguimiento con las organizaciones representativas de la discapacidad, tanto directamente, en mesas creadas al efecto entre el Gobierno y la representación unitaria de las discapacidad, como en sede de los órganos de participación y consulta de las políticas públicas de discapacidad (Consejo Nacional de la Discapacidad).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO-OLEA GARCÍA, B. (2009) *La evolución de la discapacidad en el Sistema español de Seguridad Social*, Hacia un Derecho de la Discapacidad, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y otros (2006) *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*. Pamplona, CERMI-Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- CABRA DE LUNA, M. Á. y PÉREZ BUENO, L. C. (2009) *La protección de la discapacidad en el sistema de Seguridad Social: propuestas de mejora*. Madrid, Fundación Alternativas.
- CERMI (2007) *Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2007-2008*. Propuesta CERMI. Ediciones CINCA-CERMI.
- CERMI (2004) *La protección de las situaciones de dependencia en España. Una alternativa para la atención de las personas en situación de dependencia desde la óptica del sector de la discapacidad*. Madrid, CERMI.
- CONSEJO DE MINISTROS (2008) *Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012*.

PANIZO ROBLES, J. A. (2009) *La protección de la discapacidad en el Sistema de la Seguridad Social*, Hacia un Derecho de la Discapacidad, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

PÉREZ BUENO, L. C. (2006) *Discapacidad y asistencia sanitaria*. CERMI.

RODRÍGUEZ CABRERO, G. y otros (2009) *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*. Fundación ONCE-CERMI.

Capítulo XVIII

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN ANTE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA. IMPACTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Ángel Rodríguez Castedo

Director General del IMSERSO (1985-1993 y 2004-2007)

Secretario general del CES (1993-2002)

Director General de Personalía (2002-2004)

Director Adjunto en el grupo SEPI (2007-...)

INTRODUCCIÓN

La demanda de cuidados para personas en situación de dependencia se ha venido incrementando de forma notable en los últimos años y va a seguir aumentando a un fuerte ritmo durante las próximas décadas como consecuencia de una combinación de factores de carácter demográfico, médico y social, entre los que podemos destacar: el proceso acelerado de envejecimiento de la población (en especial de los mayores de 80 años), las mayores tasas de supervivencia de las personas afectadas por enfermedades crónicas y por alteraciones congénitas y las consecuencias derivadas de los altos índices de siniestralidad vial y laboral.

Este elevado crecimiento de la demanda coincide en el tiempo con la crisis de los sistemas de apoyo informal que tradicionalmente han venido dando respuesta a las necesidades de cuidados. Una crisis motivada, fundamentalmente, por los cambios en el modelo de familia y la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral, que pone de relieve la necesidad de revisar el sistema tradicional de atención (cuidados a cargo de familiares) y asegurar una prestación de servicios profesionalizada.

Estos hechos producen fuertes transformaciones y cambios sociales que están determinando que la atención a las personas en situación de dependencia

se configure como la necesidad social emergente más característica de nuestro tiempo.

Dicha atención de las necesidades de las personas dependientes es uno de los grandes retos y responsabilidades de la política social y de la económica y lo seguirá siendo en los próximos años. Y lo es, prescindiendo de cualquier otra consideración, porque los sufrimientos, dificultades y costes de toda índole que la dependencia está acarreado a cientos de miles de personas en situación de dependencia y a sus familias, requieren una respuesta firme y decidida por parte de los poderes públicos y del conjunto de la sociedad.

Así lo ha entendido también la sociedad española. El gran acuerdo social y político existente en nuestra sociedad sobre esta cuestión tuvo como fruto la aprobación en diciembre de 2006, de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LAPAD), que supone la puesta en marcha de un nuevo sistema de protección y la aplicación de un nuevo derecho de los ciudadanos.

Además de responder a una urgente necesidad social, la LAPAD supone una importante oportunidad para crear actividad económica sostenible y generar empleo, pues la atención a la dependencia se concreta, fundamentalmente, en actividades de cuidados personales, muy intensivos en trabajo. En un momento en el que el empleo debe convertirse en la gran prioridad, dedicar recursos al desarrollo e implantación de las infraestructuras y servicios que garantiza la LAPAD es una de las mejores formas de contribuir a conseguir un modelo de crecimiento más equilibrado, más sostenible y más intensivo en creación de empleo estable y cualificado.

Afrontar el problema de la atención a las personas en situación de dependencia además de ser una responsabilidad social y política ineludible es, pues, una oportunidad económica que España tiene que aprovechar. La LAPAD es, por ello, una ley de primer orden no sólo de política social sino también de política económica.

A partir de la aprobación de la Ley y de la puesta en marcha del proceso de implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) se abre en nuestro país un nuevo escenario económico y social, que ya está suponiendo la asignación de un importante volumen de recursos presupuestarios adicionales por parte de las administraciones públicas y de los propios beneficiarios de la ley, que participan en la financiación del coste de las prestaciones, la creación de infraestructuras y servicios y la generación de decenas de miles de nuevos empleos directos. Todo ello conlleva la aparición de expectativas que afectarán a las decisiones de

inversión, y el surgimiento de un importante mercado de servicios de provisión pública y privada ante la fuerte demanda y la insuficiente oferta que existe. Además debería suponer la consolidación de un nuevo sector de actividad que será motor de crecimiento económico, mejorará la competitividad de nuestro tejido productivo y tendrá un importante impacto económico y social.

1. CAMBIOS SOCIALES Y NUEVAS NECESIDADES Y DEMANDAS

La atención a las personas en situación de dependencia demanda respuestas urgentes y sostenibles económicamente. La LAPAD constituye, dentro de un estado de derecho, la mejor respuesta a las nuevas necesidades que surgen de las transformaciones sociales que se están produciendo en las últimas décadas y en particular, del proceso acelerado de envejecimiento de la población, de los cambios en la estructura familiar y de la incorporación de la mujer al trabajo, determinando, mediante la consolidación de nuevos derechos sociales, la creación y ampliación de nuevas infraestructuras y servicios que tendrán un importante impacto en la calidad de vida de las personas dependientes y de sus familias pero también en la actividad económica y en la generación de empleo.

1.1. Proceso acelerado de envejecimiento de la población

En las últimas décadas el envejecimiento en España está siendo particularmente intenso. La prolongación de la expectativa de vida, una de las mayores conquistas sociales del pasado siglo, se ha traducido en un aumento del número de personas mayores y, como consecuencia, en un envejecimiento acelerado de la población. En España, la esperanza de vida al nacer es, según datos referidos a 2012, de 82,3 años (79,4 años para los varones y 85,1 para las mujeres); la esperanza de vida adicional a los 65 años es de 20,6 años (18,5 años para los varones y 22,5 años para las mujeres), y a las personas que han alcanzado los 80 años les restan todavía por vivir, como media, 9,4 años (8,3 años a los varones y 10,1 a las mujeres).

Como resultado de ese incremento en las expectativas de vida, la población mayor española ha experimentado en las últimas décadas un crecimiento muy considerable. El número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta años, pasando de 4,2 millones de personas en 1981 (un 11,2% de la población total) a 8,3 millones en 2013 (17,7% de la población total). En varias CCAA este porcentaje

supera el 22%. Este aumento se ha debido, entre otros factores, al mayor control de las enfermedades, a unas condiciones de vida más saludables y, en general, al mayor bienestar económico y social alcanzado.

TABLA 1. *Evolución de la población mayor de 65, 75 y 80 años en España en el período 1981-2013 (datos absolutos y porcentajes sobre la población total)*

	65 y más		75 y más		80 y más	
	Total personas	%	Total personas	%	Total personas	%
1981	4.236.724	11,2	1.577.311	4,2	725.131	1,9
1991	5.370.252	13,8	2.200.571	5,7	1.147.868	3,0
2001	6.958.516	17,0	3.021.083	7,4	1.580.322	3,9
2013	8.262.080	17,7	4.279.546	9,2	2.553.441	5,5

Elaboración propia a partir de los censos 1981, 1991 y 2001 y de las cifras de población a 1 de enero de 2013.

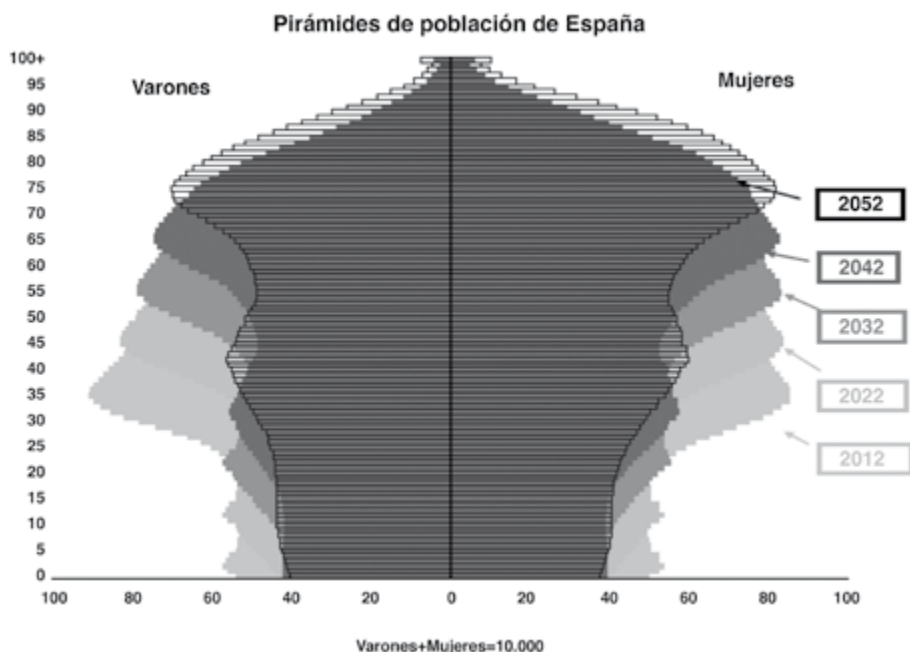
De acuerdo con todas las proyecciones demográficas este proceso de envejecimiento va a continuar en los próximos años, en los que la población mayor seguirá incrementándose de manera notable, a la vez que disminuirá la proporción de jóvenes transformando de forma sustancial, junto con el fenómeno inmigratorio, la estructura de la población española, como muestra la evolución de las pirámides de población entre 2012 y 2052 que se muestran en el **gráfico 1**.

Este proceso de envejecimiento está haciendo que aumente el número de personas que necesitan cuidados de larga duración y recursos de atención adecuados a su nivel de dependencia y su situación socio-familiar. Además de haber mayor número de personas mayores éstas viven más años, y como consecuencia aumenta el peso relativo de la población de edad más avanzada (los que tienen más de 80/85 años) con respecto al total de personas mayores. Es lo que se conoce como “envejecimiento del envejecimiento”.

Este incremento acelerado de las personas de mayor edad dispara la demanda de servicios y constituye un indicador básico para estimar la presión potencial que el envejecimiento de la población va a ejercer sobre los sistemas de cuidados de larga duración.

Con todo, este intenso proceso de envejecimiento no debe ser considerado sólo como un problema, sino también como una oportunidad que es necesario aprovechar. El envejecimiento de la población es la expresión de un logro humano: vivimos más

GRÁFICO 1, *Pirámides de población en España entre 2012 y 2052*



Fuente: INE. Proyecciones de población de España a largo plazo estimadas a partir de la población a 1 de enero de 2012.

y vivimos mejor. Constituye una de las transformaciones sociales más importantes producidas en las últimas décadas.

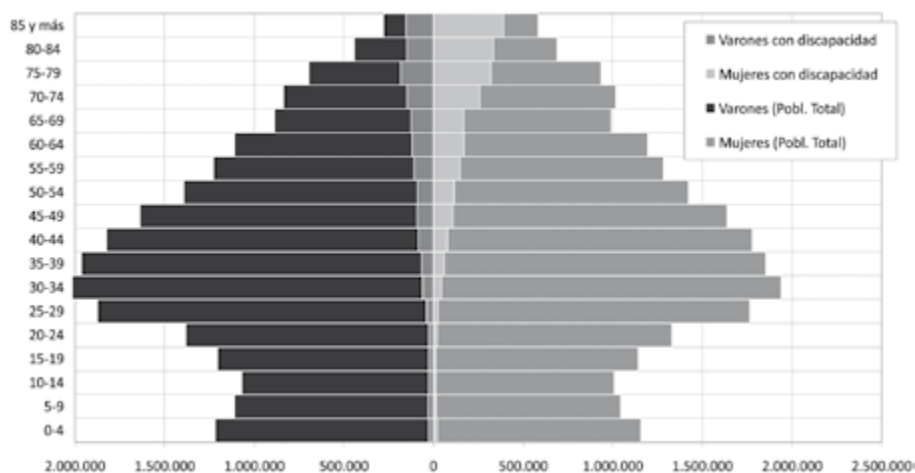
Pero es también un reto al que es necesario dar respuesta desde las administraciones, los agentes económicos y sociales y del conjunto de la sociedad. Se trata de un reto complejo, pues el incremento del número de personas mayores y las necesidades crecientes de atención derivadas de ese crecimiento, coincide en el tiempo con una crisis de los sistemas de apoyo informal que han venido dando respuesta a esas necesidades, crisis motivada por otras dos grandes transformaciones sociales producidas en el último tercio del siglo pasado: el cambio en el modelo de familia y la creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral

1.2. La dependencia no afecta solo a los mayores. Discapacidad y Dependencia

Según la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2008 (EDAD 2008), en España hay más de 4,1 millones de personas con diversos niveles de discapacidad (un 9% de la población), de las que en torno a 3,8 millones viven en domicilios familiares y el resto en centros residenciales de distintos tipos. La encuesta muestra que casi 1,4 millones de personas residentes en domicilios particulares tienen, de acuerdo con la EDAD 2008, dificultades que les impiden realizar alguna actividad básica de la vida diaria sin ayuda y que las situaciones de discapacidad están fuertemente relacionadas con la edad, pues se mantienen por debajo del 5% hasta los 40 años, superan el 10% a los 60, se sitúan en torno al 40/45% a los 80 y en torno al 65/70% pasados los 85 años (**gráfico 2**).

El 74% de las personas con discapacidad afirman tener dificultades de diverso grado para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Cuando estas dificultades son severas impiden que la persona pueda resolver por sí misma sus necesidades cotidianas y hacen que necesite la ayuda de otras personas para poder llevar una vida digna.

GRÁFICO 2. Pirámide de la población española total y con discapacidad



Fuente: INE. Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2008.

Hay que tener claro, pues, que las situaciones de discapacidad hacen que la dependencia no sea sólo algo que afecta a los mayores. Aunque el colectivo de personas mayores supone cerca del 80% de las personas en situación de dependencia otro veinte por ciento son menores de 65 años que se encuentran en esta situación por diversas causas. Entre este colectivo de menores de 65 años se encuentran: niños con trastornos graves de desarrollo; jóvenes y adultos con secuelas graves de accidentes; personas con deficiencias intelectuales severas y profundas; personas afectadas de graves y generalizadas lesiones neurológicas; enfermos mentales con graves deterioros; y, en general, pacientes con enfermedades crónicas degenerativas muy avanzadas.

1.3. Cambios en el modelo de familia e incorporación de la mujer al trabajo reducen la disponibilidad de apoyo informal

Tradicionalmente, en todos los países, han sido las familias las que han asumido el cuidado de las personas dependientes, a través de lo que ha dado en llamarse “apoyo informal”. Para ser más exactos, habría que puntualizar que esa función ha recaído y recae, casi en exclusiva, en las mujeres del núcleo familiar, en las madres, cónyuges, hijas o hermanas de las personas dependientes y, entre éstas, en las mujeres de las generaciones intermedias (grupo comprendido entre los 45 y los 69 años).

El incremento cuantitativo de las situaciones de dependencia coincide en el tiempo con cambios importantes en el modelo de familia (desaparición de la familia extensa, movilidad geográfica de los distintos miembros de la familia, desdibujamiento de su perfil de institución permanente que se traduce en un incremento del num. de separaciones, divorcios y nuevos matrimonios...) y con la incorporación progresiva de la mujer al mercado de trabajo, fenómenos ambos que están haciendo disminuir sensiblemente la capacidad de prestación de cuidados informales, haciendo que el modelo de apoyo informal, que ya ha empezado a entrar en crisis, sea insostenible a medio plazo, pues cada vez existen menos mujeres en edad de cuidar y más personas que precisan cuidados de larga duración, y esta brecha se está incrementando con el paso de los años.

La mayor parte de las personas dependientes viven con sus familias, que experimentan grandes dificultades para proporcionarles la atención que necesitan. Como ya se ha indicado, en la mayor parte de los casos, los cuidados los prestan las mujeres de la familia en edad laboral, que encuentran con ello un obstáculo más para su acceso al empleo.

Esta difícil conciliación entre la vida familiar y el trabajo remunerado retroalimenta el fenómeno del envejecimiento poblacional, pues ha originado el retraso de la maternidad y una brusca y continuada reducción de la misma. En el ciclo vital de las mujeres hay una coincidencia temporal entre el periodo de maternidad y crianza de los hijos y el de integración y consolidación laboral, y la falta de adecuación del trabajo a esta realidad origina, por un lado, una generalización de las decisiones tendentes a retrasar los nacimientos, tener un solo hijo, e incluso no tenerlo, y por otro lado, la interrupción o el abandono de la actividad laboral.

Por todo ello, la atención de las situaciones de dependencia no es sólo una necesidad real, sino que además es percibida como apremiante por un número creciente de ciudadanos.

1.4. Recursos insuficientes para atender a las personas en situación de dependencia

Ante el volumen de necesidades existentes y de la demanda creciente nos encontramos con una oferta de servicios y de recursos profesionales muy insuficiente para atender a las personas en situación de dependencia. Esta carencia de recursos es más acentuada en los servicios de ayuda a domicilio y centros de día, recursos que permiten que la persona continúe integrada en su medio normal y son, además, los preferidos por las personas en situación de dependencia y sus familias.

La extensión y desarrollo de los servicios sociales para atender la necesidad de cuidados de larga duración son sensiblemente más bajos en España que en la media de los países más desarrollados de nuestro entorno, habiéndose quedado muy por detrás de lo que cabría esperar a la vista del desarrollo que nuestro país ha experimentado en otros ámbitos.

Los últimos datos disponibles (Envejecimiento en Red, CSIC 2013) nos muestran que en alojamientos residenciales la oferta se sitúa en el entorno de un ratio de 4,3 plazas por cada 100 mayores de 65 años, muchas de las cuales no están adaptadas a las situaciones de dependencia de los usuarios debido a carencias en las instalaciones y en el número y la cualificación del personal. La ratio media en los países OCDE es de 5,3 plazas residenciales y en la UE de 6 plazas residenciales por cada 100 mayores de 65 años.

Sólo el 26,8% de esas plazas son públicas, y los niveles de plazas concertadas siguen siendo bajos. Aunque esta situación está cambiando, existe un problema relevante relacionado con las tarifas pagadas por las diversas Administraciones Pú-

blicas por las plazas residenciales y otros servicios concertados con las empresas y entidades del sector, pues estas tarifas están en su mayoría por debajo de los parámetros necesarios para poder profesionalizar el sector, prestar servicios de calidad y mantener unos márgenes económicos que permitan consolidar y ampliar el sector.

En cuanto a otros servicios, el servicio de ayuda a domicilio tiene una cobertura del 4,4% (Observatorio de personas mayores, IMSERSO diciembre 2011) muy por debajo de los países europeos con mayor desarrollo de los servicios comunitarios (en torno al 10% en Francia y Bélgica y más del 20% en Holanda y en Dinamarca). En otros servicios como Centros de Día, Teleasistencia o servicios específicos para personas menores de 65 años con graves discapacidades las diferencias son todavía mayores. Es una situación difícilmente compatible con los mandatos de la LAPAD.

2. A NUEVAS NECESIDADES SOCIALES, NUEVOS DERECHOS SOCIALES

La realidad analizada nos muestra un nuevo escenario demográfico y social que exige una respuesta desde los parámetros del modelo social europeo a los que España se ha incorporado.

El modelo europeo de sociedad (Estado de Bienestar) parte del reconocimiento de una serie de derechos sociales básicos, garantizados por el Estado, que se configuran como auténticos derechos subjetivos. Ningún ciudadano puede quedar sin protección económica en caso de invalidez o jubilación o sin acceso a la educación o a la salud por razones de disponibilidad presupuestaria.

La inmensa mayoría de los ciudadanos europeos consideran que la protección social es uno de los grandes logros de la sociedad europea y que es responsabilidad de los Estados garantizar este ámbito de protección ante la vejez, la discapacidad, la enfermedad, el desempleo y cualquier otra contingencia que coloque a los ciudadanos en situaciones de vulnerabilidad.

Las encuestas de opinión pública ponen de manifiesto, una y otra vez, que los ciudadanos europeos (en el caso español varias encuestas del CIS) en su abrumadora mayoría se sienten apegados a su sistema de protección social y desean conservarlo y mejorarlo. Los ciudadanos europeos no quieren vivir en un mundo unívoco, unidimensional, en el que todo se reduzca a lo económico (déficit, inflación, tasas de interés...) y no debería defraudarse esa expectativa: es necesario llevar a cabo actuaciones concretas que den credibilidad a los discursos. Eso es lo que pretende la LAPAD.

La aparición de nuevas necesidades sociales ha de suponer, en este contexto, la consolidación de nuevos derechos sociales. Al igual que se ha universalizado el derecho a las pensiones, a la educación y a la atención de la salud, deben universalizarse otros derechos, como el de atención de las situaciones de dependencia. De la misma forma que se ha desarrollado el Sistema de Pensiones, el Sistema Educativo y el Sistema de Salud, debe desarrollarse, como cuarto pilar del Estado de Bienestar, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el seno del Sistema Público de Servicios Sociales.

La atención a las personas en situación de dependencia supone, pues, una responsabilidad para los sistemas sanitario y de servicios sociales derivada de derechos reconocidos. Tiene, por tanto, que responder a estas nuevas necesidades y demandas sociales y hacerlo en un contexto contradictorio, pues de un lado hay fuertes presiones políticas y económicas en favor de la contención del gasto social en general y del sanitario en particular y, de otro, se están incrementando las nuevas demandas sociales en favor de una extensión de la protección social a las necesidades de ayuda y cuidado personal que reclaman los ciudadanos y sus familiares cuidadores.

En los últimos treinta años los países de la UE más desarrollados han puesto en marcha, dentro de sus sistemas de protección social, actuaciones legislativas y programas mediante los que se garantiza una amplia red de servicios sociales universales que prestan los cuidados que necesitan las personas dependientes. En estos países existen modelos diferentes en la organización de la protección social de la dependencia en cuanto a la financiación, prestaciones y servicios garantizados, condiciones en la forma de protección, etc. (Ver bibliografía).

Tal vez conviene recordar que el conjunto de medidas sociales más avanzadas (legislativas o no), agrupadas bajo el concepto de estado del bienestar, se encuentran en el espacio europeo. La pertenencia a dicho espacio tiene, sin duda, una influencia muy positiva para el desarrollo de nuestro nivel de protección social. España, con la LAPAD ha emprendido también este camino que nos compromete a ir convergiendo, al menos, con la media de gasto social de la UE.

2.1. Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia

2.1.1. Objeto de la Ley

La Ley se publicó en el BOE el día 15 de diciembre de 2006 y está vigente desde el 1 de enero de 2007. Tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen

la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un nivel mínimo de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado.

Los principios más significativos de la Ley son el carácter público de las prestaciones del sistema, la universalidad en el acceso a las mismas, la colaboración de los servicios sociales y sanitarios, la participación de la iniciativa privada y del tercer sector y la cooperación interadministrativa.

Se trata de configurar una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado, desarrollando los servicios sociales y potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, con garantías y plenamente universales.

2.1.2. Características fundamentales de la Ley

La LAPAD afecta a una gran cantidad de ámbitos sociales, y tiene importantes implicaciones jurídicas, políticas, sociales y económicas. Entre sus **señas de identidad** más relevantes, cabe destacar:

- Establece un nuevo derecho social. En sus artículos 1.1, 4.1 y 4.2.j) garantiza un nuevo derecho subjetivo en nuestro ordenamiento jurídico y por primera vez en el ámbito de los servicios sociales, en la línea de cómo se garantizan los servicios educativos, las prestaciones sanitarias, y las pensiones en nuestro país. La Ley ofrece a las personas en situación de dependencia las garantías propias de un derecho subjetivo perfecto: los requisitos están definidos, los servicios y prestaciones a los que se tiene derecho están determinados, existe un procedimiento formalizado de valoración y reconocimiento del derecho que termina en una resolución susceptible de ser recurrida.
- Crea, para hacer efectivo este nuevo derecho, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) que sirve de cauce para la colaboración y participación de todas las administraciones públicas y de los demás agentes implicados, optimiza los recursos públicos y privados disponibles, y configura una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y ser-

vicios públicos y privados. La coordinación y cooperación entre unos y otros va a ser un elemento fundamental en su proceso de desarrollo e implantación. Para la articulación del Sistema, la Ley crea el Consejo Territorial del SAAD, en la línea del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

- Homogeneiza el procedimiento y las técnicas de valoración. Todos los ciudadanos tienen la misma puerta de entrada. El procedimiento de valoración está orientado a lograr la mayor objetividad y a garantizar la equidad en el acceso a los servicios y prestaciones en todos los territorios del Estado. Debe ajustarse a unos criterios básicos de actuación, a unas características comunes de composición de los órganos de valoración y a un baremo único. La legislación relativa al baremo es competencia del Estado.
- Implanta un catálogo de servicios y prestaciones. Las prestaciones que establece la LAPAD pueden ser servicios o prestaciones económicas. Apuesta claramente por los servicios que tienen carácter prioritario frente a las prestaciones económicas. Además, establece ayudas económicas para facilitar la autonomía personal (ayudas técnicas y adaptaciones en el hogar) y determina un tratamiento específico para los menores de tres años
- Enfatiza la calidad y fomenta la mejora continua de los recursos del Sistema. Son instrumentos de mejora y eficacia, pero también de cohesión y garantía de la equidad interterritorial. Establece tres grandes líneas de actuación: la tecnificación del SAAD, a través de la aplicación de las nuevas tecnologías a la gestión y a los cuidados de las personas en situación de dependencia; su profesionalización, mediante la cualificación profesional y la mejora de las condiciones laborales; la acreditación y normalización de los recursos de la Red (indicadores, estándares, guías de buenas prácticas, cartas de servicio, etc.).

Nos encontramos ante una ley que mejora sustancialmente la atención a las personas en situación de dependencia, aumentando su calidad de vida y la de sus familiares, dando respuesta a una de las demandas más importantes de nuestra sociedad, que amplía los derechos de los ciudadanos fortaleciendo las redes y las estructuras de protección social y económica y que ha logrado en torno a ella un acuerdo parlamentario y social mayoritario que la convierte en un proyecto de todos, en un proyecto de país.

2.2. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se basa en una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las

Comunidades Autónomas y contempla medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales.

El Sistema tiene por finalidad principal la garantía de las condiciones básicas y la provisión de los niveles de protección a que se refiere la Ley. A tal efecto, sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas y para optimizar los recursos públicos y privados disponibles.

Un elemento fundamental para la puesta en marcha del S.A.A.D. es la coordinación sociosanitaria. Las Comunidades Autónomas tienen transferidos los Servicios de Salud y los Servicios Sociales. Estas Administraciones tienen, lógicamente, que organizar la coordinación entre ambos Sistemas. Esta cuestión es uno de los más importantes retos en la puesta en marcha de la Ley.

2.2.1. Financiación del Sistema

La financiación corre a cargo de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. La LAPAD establece unos principios básicos respecto de la financiación del Sistema: la financiación ha de ser suficiente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que correspondan a las administraciones públicas competentes determinándose los recursos con periodicidad anual en los presupuestos, la AGE ha de asumir integralmente el coste derivado del nivel mínimo de protección y los convenios que se suscriban en el marco de la cooperación interadministrativa entre la AGE y las CCAA determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema.

Los beneficiarios del Sistema participarán en la financiación del mismo en función de su capacidad económica, señalando la Ley que ningún beneficiario dejará de recibir atención por falta de recursos. La aportación concreta de los beneficiarios será establecida por la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en el Consejo Territorial del Sistema.

2.2.2. Marco de cooperación interadministrativa y criterio de reparto de fondos

La propia naturaleza de esta Ley requiere un compromiso y una actuación conjunta de todas las administraciones públicas, por lo que la coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas es un elemento fundamental.

Por ello, la ley establece una serie de mecanismos de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, entre los que destaca la creación del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En su seno deben desarrollarse, a través del acuerdo entre las administraciones, los acuerdos clave que permitan el despliegue del Sistema.

En el artículo 8.2.a) de la Ley se establece que, sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes, corresponde al Consejo Territorial del SAAD, además de las funciones que expresamente le atribuye esta Ley, acordar el Marco de Cooperación Interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10.

2.2.3. Catálogo de servicios (art 15)

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia proporciona acceso a un catálogo que incluye los siguientes servicios a los que los beneficiarios tienen derecho según su grado de dependencia:

- a) Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia.
- b) Servicio de Teleasistencia.
- c) Servicio de Ayuda a domicilio.
- d) Servicio de Centro de Día y de Noche.
- e) Servicio de Atención Residencial

En los arts 17,18 y 19 se recogen las prestaciones económicas:

- a) Prestación económica vinculada al servicio.
- b) Prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- c) Prestación económica de asistencia personal

En la disposición adicional tercera se establecen ayudas económicas para facilitar la autonomía personal.

Estas ayudas tendrán la condición de subvención e irán destinadas:

- a) A apoyar a la persona con ayudas técnicas para que pueda realizar de la forma más autónoma posible las actividades de su vida diaria.

- b) A facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de autonomía y calidad de vida.

En la disposición adicional decimotercera se concreta la atención a los menores de tres años.

2.2.4. Procedimiento de valoración y reconocimiento del derecho (arts. 27 y 28)

Una de las garantías de igualdad más relevantes que ofrece la Ley es que todas las personas, al margen de su territorio de residencia, tienen la misma puerta de entrada al sistema mediante una valoración común a cargo de equipos específicos. Por este motivo, la legislación en todo lo relacionado con el baremo es de competencia estatal.

Existe un baremo único en toda España. El Baremo de Valoración de la Dependencia permite determinar las situaciones de dependencia moderada (grado I), dependencia severa (grado II) y de gran dependencia (grado III). Asimismo, la Escala de Valoración Específica para los menores de tres años permite determinar las situaciones de dependencia en ese tramo de edad.

El baremo determina los criterios objetivos para la valoración del grado de autonomía de las personas, en orden a la capacidad para realizar las tareas básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión a este respecto para personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental.

La valoración tiene en cuenta los informes existentes relativos a la salud de la persona y al entorno en que se desenvuelve. Este instrumento de valoración de la situación de dependencia incluye un protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir y la determinación de los intervalos de puntuación que corresponden a cada uno de los grados de dependencia.

2.2.5. Red de Servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

Una característica esencial de la Ley es que opta prioritariamente por la prestación de servicios y por la profesionalización de la red de servicios del Sistema.

La Ley señala en relación a la red de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que *“Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades*

Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados”.

Dadas la insuficiencia de la oferta de recursos para atender a las personas en situación de dependencia y la creciente demanda de los mismos, es prioritario abordar el desarrollo y ampliación de la red de infraestructuras y servicios que sea capaz de prestar los servicios reconocidos en la Ley con unos niveles adecuados de intensidad y calidad. No hacerlo así sería, además de una falta de cumplimiento de la LAPAD, una mala política económica, pues la presión de la dependencia continuará generando un gasto muy elevado en el Sistema Nacional de Salud, cuyos dispositivos de atención son mucho más costosos y gratuitos.

Frente a esto, nuestro sistema de servicios sociales tiene un nivel de gasto público notablemente inferior al de los países de nuestro entorno. Este insuficiente nivel de gasto se ha traducido en una oferta de una red de infraestructuras y servicios claramente deficitaria, cuantitativa y cualitativamente, a la hora de responder a la elevada demanda de cuidados.

Uno de los temas centrales en el debate europeo en torno a la protección de las situaciones de dependencia, como una ampliación del Estado de Bienestar, es la incidencia que tendrán las nuevas prestaciones y servicios en el gasto público, máxime en los momentos de profunda crisis en que estamos, que podrían servir a algunos para cuestionar la ampliación, o los márgenes de la ampliación, de las infraestructuras y de los servicios que supone el desarrollo de la LAPAD.

Otros piensan que es precisamente en momentos como el presente cuando los poderes públicos, los agentes económicos y sociales y el conjunto de la sociedad deben reaccionar y plantearse qué asignación y qué priorización de recursos se realiza a corto y especialmente a medio y largo plazo en función del nuevo modelo de crecimiento que es necesario conseguir y que debería ser fruto de un amplio acuerdo en torno a los elementos nucleares y de la prioridad absoluta del empleo que debería constituir el centro de la agenda política y social.

La asignación y priorización de recursos que se realice determinará el impacto sobre el crecimiento y la actividad económica, sobre el empleo y el tipo de empleo y sobre el bienestar de la población. Por ello, puede resultar clarificador tener en cuenta la asignación de recursos y el peso sobre el PIB de los gastos sociales en la Unión Europea (**tablas 2 y 3**):

TABLA 2. Gasto social, por funciones, en porcentaje del PIB, en la Unión Europea 2011

	Enfermedad	Discapacidad	Vejez	Supervivencia	Familia e Infancia	Desempleo	Alojamiento	Exclusión social	Administración y otros gastos	Total
Unión Europea (28)	8,2	2,1	11,1	1,6	2,2	1,6	0,6	0,4	1,2	29,0
Unión Europea (15)	8,4	2,2	11,3	1,7	2,3	1,6	0,6	0,5	1,2	29,8
Bélgica	8,3	2,2	9,5	2,1	2,3	3,7	0,2	0,7	1,3	30,4
Dinamarca	6,9	4,1	14,2	0,0	4,1	1,8	0,7	1,0	1,5	34,2
Alemania	9,4	2,2	9,4	2,0	3,1	1,3	0,6	0,1	1,2	29,4
Irlanda	12,8	1,2	5,6	1,1	3,4	3,3	0,4	0,6	1,3	29,6
Grecia	7,5	1,4	12,7	2,3	1,8	2,1	0,4	0,7	1,3	30,2
España	7,0	1,8	8,9	2,3	1,4	3,7	0,2	0,2	0,5	26,1
Francia	9,1	2,0	12,6	1,9	2,6	2,1	0,8	0,8	1,7	33,6
Italia	7,1	1,6	14,8	2,6	1,4	0,8	0,0	0,1	1,3	29,7
Luxemburgo	5,6	2,6	6,3	2,0	3,6	1,2	0,3	0,5	0,3	22,5
Holanda	10,9	2,4	10,8	1,2	1,2	1,5	0,4	2,2	1,8	32,3
Austria	7,2	2,2	12,6	1,9	2,8	1,5	0,1	0,3	0,8	29,5
Portugal	6,3	2,1	11,9	1,8	1,2	1,4	0,0	0,3	1,6	26,5
Finlandia	7,5	3,5	10,8	0,9	3,3	2,1	0,5	0,8	0,8	30,0
Suecia	7,5	3,8	12,0	0,5	3,1	1,2	0,4	0,7	0,5	29,6
Reino Unido	8,3	2,4	11,3	0,1	1,7	0,7	1,5	0,2	1,0	27,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos en línea de Eurostat. Consultada en enero de 2014.

TABLA 3. *Evolución del gasto social, en porcentaje del PIB, en la Unión Europea 2000-2011*

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Unión Europea (28)									26,7	29,6	29,3	29,0
Unión Europea (15)	26,8	26,9	27,2	27,6	27,5	27,6	27,2	26,7	27,5	30,4	30,1	29,8
Bélgica	25,4	26,3	26,7	27,4	27,4	27,3	27,0	26,9	28,3	30,6	30,1	30,4
Dinamarca	28,9	29,2	29,7	30,9	30,7	30,2	29,2	30,7	30,7	34,7	34,3	34,2
Alemania	29,7	29,7	30,4	30,8	30,1	30,1	29,0	27,8	28,0	31,5	30,6	29,4
Irlanda	13,3	14,3	16,7	17,2	17,4	17,5	17,8	18,3	21,5	26,5	28,5	29,6
Grecia	23,5	24,3	24,0	23,5	23,6	24,9	24,8	24,8	26,2	28,0	29,1	30,2
España	20,0	19,7	20,0	20,3	20,3	20,6	20,5	20,8	22,2	25,4	25,8	26,1
Francia	29,5	29,6	30,5	31,0	31,4	31,5	31,2	30,9	31,3	33,6	33,8	33,6
Italia	24,5	24,8	25,2	25,7	25,9	26,3	26,6	26,6	27,7	29,9	29,9	29,7
Luxemburgo	19,6	20,9	21,6	22,1	22,3	21,7	20,4	19,3	21,4	24,3	23,1	22,5
Holanda	26,4	26,5	27,6	28,3	28,3	27,9	28,8	28,3	28,5	31,6	32,1	32,3
Austria	28,3	28,6	29,0	29,4	29,1	28,8	28,3	27,8	28,5	30,7	30,6	29,5
Portugal	20,9	21,9	22,8	23,2	23,8	24,5	24,5	23,9	24,3	26,8	26,8	26,5
Finlandia	25,1	25,0	25,7	26,6	26,7	26,7	26,4	25,4	26,2	30,4	30,6	30,0
Suecia	29,9	30,4	31,3	32,2	31,6	31,1	30,3	29,2	29,5	32,0	30,4	29,6
Reino Unido	26,1	26,6	25,6	25,5	25,7	25,8	25,6	24,7	25,8	28,6	27,4	27,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos en línea de Eurostat. Consultada en enero de 2014.

Las tablas anteriores reflejan los datos relativos a los gastos en protección social por tipo de función en el año 2011 y la evolución del gasto social en % del PIB entre 2000 y 2011. España en 2011, último dato publicado, dedicó el 26,1% del PIB a protección social, muy por debajo del 29,8% (media UE-15). Este diferencial es mucho mayor si se compara con los países nórdicos, Francia y Holanda que superan el 30%.

Aunque se aprecia en 2008-2011 que el gasto social en España como porcentaje del PIB ha crecido, debido al efecto combinado de la contracción del PIB, el incremento del gasto en pensiones derivado del crecimiento de la población pensionista y

el incremento del desempleo, se sigue constatando el importante diferencial existente entre España y la media de la Unión Europea, tanto si se tienen en cuenta los 15 países que formaban parte de la Unión antes de la ampliación como si la comparación se realiza con la media de los 28 países que actualmente la componen. Si se quiere converger con la UE no solo hay que hacerlo en los indicadores económicos (déficit, deuda, inflación, etc.) sino también en los indicadores de gasto social.

3. NUEVOS EMPLEOS

Todos los estudios y la realidad de los países que los han implantado constatan que el desarrollo de los servicios ligados al cuidado de las personas dependientes supone un importante potencial de generación de empleo. Se trata de actividades muy intensivas en mano de obra y, por lo tanto, con un importante impacto en la evolución del empleo.

La estimación del potencial de creación de empleo derivado de la implantación del SAAD se basa en el desarrollo de un modelo que tiene en cuenta el número de personas en situación de dependencia, su distribución interna según grado de dependencia y edad, una asignación de servicios coherente con esos perfiles y la aplicación de las ratios de empleo reguladas por las CCAA dentro de cada tipo de recurso aplicado a cada grado de dependencia. (Está ampliamente desarrollada en el Informe “La atención a la dependencia y el empleo” realizado para la Fundación. Alternativas).

Está muy extendida la consideración de que el futuro del empleo en España pivotará fundamentalmente sobre las potencialidades que tiene el sector de los servicios en relación con las nuevas necesidades y demandas sociales, máxime teniendo en cuenta los importantes diferenciales en la prestación de estos servicios que tenemos como país en relación con la media de los países más desarrollados de la Unión Europea

Como se ve en la **tabla 4**, en contra de lo que se suele pensar, las mayores diferencias en las tasas de empleo por sectores de actividad entre España y la UE no se encuentran en la industria sino en los servicios de carácter comunitario. Tenemos que cambiar gradualmente nuestra estructura ocupacional y acercarla a la media de los países más desarrollados de la UE.

Dentro de los servicios comunitarios (**tabla 5**), la tasa de empleo en España en el sector de la sanidad y los servicios sociales (4,46%), en el que se incluyen los

TABLA 4. Empleo total en cada rama de actividad como porcentaje de la población en edad de trabajar. EU-28, EU-15 y España. Tercer trimestre de 2013

Rama de actividad	UE-28	UE-15	España	Diferencia España - UE-15
Agricultura, silvicultura y pesca	3,27%	1,94%	2,31%	0,37%
Minería	0,26%	0,15%	0,10%	-0,06%
Manufactura	10,11%	9,48%	6,74%	-2,74%
Electricidad, gas y agua	1,00%	0,89%	0,65%	-0,24%
Construcción	4,60%	4,53%	3,32%	-1,20%
Distribución, transporte y almacenamiento	12,65%	12,73%	11,89%	-0,84%
Hoteles y restaurantes	3,06%	3,36%	4,69%	1,33%
Información y comunicaciones	1,90%	2,03%	1,63%	-0,40%
Finanzas, seguros y actividades inmobiliarias	2,50%	2,70%	1,77%	-0,93%
Servicios empresariales	6,22%	6,91%	5,54%	-1,37%
Servicios de carácter comunitario (administración pública, educación, salud y servicios sociales)	16,33%	17,55%	11,92%	-5,63%
Cultura, entretenimiento y otros servicios	2,74%	3,00%	2,38%	-0,62%
Otros y no consta	1,30%	1,59%	2,26%	0,66%
TOTAL	65,95%	66,86%	55,19%	-11,67%

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos en línea de Eurostat. Consultada en enero de 2014.

trabajadores ocupados en la atención a la dependencia, está muy lejos no sólo de Dinamarca, que es el país de la UE con mayor tasa (13,90%) sino también de la media de la UE-15 (8,01%) e incluso de la media de la UE-28 (7,06%).

Para homologarse a la media de la UE-15, España necesitaría crear más de un millón de empleos en este subsector de sanidad y servicios sociales. La mayoría de ellos corresponderían al desarrollo e implantación plena del SAAD, El resto del sistema de Servicios Sociales debería incrementar sustancialmente sus estructuras y su red de prestación de servicios para que se pueda desarrollar adecuadamente el propio SAAD y para responder a las demandas de servicios (atención a domicilio principalmente) de los ciudadanos que no tengan derecho a las prestaciones y servicios del SAAD

TABLA 5. Empleo en los servicios de carácter comunitario, como porcentaje de la población en edad de trabajar. UE-28, UE-15, España y países de la UE con mayor tasa. Tercer trimestre de 2013

Sector	UE-28	UE-15	España	Países de la UE con mayor tasa	
Sanidad y servicios sociales	7,06%	8,01%	4,46%	13,90%	(Dinamarca)
				12,14%	(Holanda)
Educación	4,76%	4,91%	3,44%	8,28%	(Suecia)
				7,48%	(Reino Unido)
Administración Pública	4,52%	4,62%	4,02%	7,76%	(Luxemburgo)
				5,81%	(Francia)

Fuente: Elaboración propia a partir de la base de datos en línea de Eurostat. Consultada en enero de 2014.

Es evidente, por tanto, que el desarrollo de los servicios ligados a la respuesta a las nuevas demandas sociales comporta enormes posibilidades en materia de creación de empleo. La apuesta por desarrollar el SAAD es también una apuesta por el empleo. Es muy improbable que España pueda resolver su problema estructural de desempleo sin una expansión notable de su sistema de bienestar y, en concreto, del sector de los servicios sociales en el que el diferencial en relación con los países más desarrollados es mayor.

Por otra parte, los recursos financieros que se dediquen a esta ampliación mediante la creación de infraestructuras y servicios se estarán empleando en crear actividad económica y empleo. No son mero gasto sino inversión. Con este tipo de actuaciones, como han demostrado, a otra escala, programas como el de Vacaciones para la Tercera Edad y el de Termalismo Social, suficientemente consolidados y validados, se consiguen unos importantes retornos económicos y sociales.

El incremento de las infraestructuras y servicios necesarios para proporcionar una adecuada atención de las situaciones de dependencia supondrá un importante esfuerzo económico, sin embargo, el gasto neto será considerablemente inferior, como consecuencia de la mayor eficiencia del gasto y de los importantes ahorros e ingresos fiscales que se producen, entre los que hay que destacar el descenso de prestaciones por desempleo al incorporarse una parte importante de trabajadores del desempleo subsidiado (es mejor invertir en empleo que pagar desempleo); el incremento de los ingresos por cuotas de la Seguridad Social (aún cuando una parte de los nuevos contratos podrían beneficiarse de los diversos incentivos a la contra-

tación existentes) y los ingresos procedentes del IVA y del Impuesto de Sociedades de las empresas prestadoras de servicios, así como el incremento de la recaudación del IVA vía consumo y de la recaudación del IRPF aplicable a los salarios de los nuevos trabajadores.

Como ponen de manifiesto varios estudios de instituciones económicas (v.g. la OCDE) la no implantación de un dispositivo como el SAAD supone un enorme coste de oportunidad pues, de no ponerse en marcha a corto plazo, las presiones de atención de las personas dependientes sobre el Sistema Nacional de Salud se incrementan considerablemente. El no implantar una adecuada red de infraestructuras de centros y servicios del SAAD será una mala política económica, pues el déficit en servicios sociosanitarios para la dependencia hace que muchos problemas sociales deban ser atendidos por el SNS mucho más costoso y totalmente gratuito.

Según una de las conclusiones del estudio solicitado por el IMSERSO a la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), “de la metodología macroeconómica se desprende que el estímulo a la demanda agregada que supondrá el SAAD, provocará efectos sobre el PIB de nuestra economía que podría llegar a ser un 1,56% mayor en 2010 (2,68% a finales de 2014) que en ausencia del programa de gasto implicado por el SAAD, lo que implicaría a su vez un diferencial en tasa de crecimiento acumulativo anual real de +0,28% a lo largo de todo el periodo. Igualmente esta metodología nos ha permitido estimar que el retorno fiscal global, por impuestos generales y cotizaciones, llegaría a cubrir hasta casi dos terceras partes del gasto asociado al despliegue del SAAD” (Herce *et al.* 2006: 40).

Vemos que el impacto de este gasto público en el crecimiento económico es significativo. Es, sin duda, una inversión productiva. Todo ello confirma la eficacia del gasto social como mecanismo de generación de actividad y de empleo y hace visible que la política económica y la política social son dos caras (crecimiento económico y progreso social) de una misma moneda (el modelo social europeo).

Asimismo, como efecto de la implantación del SAAD se logran también otro tipo de retornos de carácter social que tienen un importante impacto en la calidad de vida de las familias y en el incremento de la tasa de empleo femenino. Como se ha indicado, en la actualidad, el cuidado de las personas dependientes descansa fundamentalmente en las familias y, dentro de éstas, en las mujeres. Ello supone, en bastantes ocasiones, la renuncia total a desarrollar una actividad laboral o, como mal menor, la posibilidad de aceptar únicamente trabajos temporales que puedan compatibilizarse con los cuidados.

El coste de oportunidad que tienen que soportar los familiares cuidadores va mucho más allá de su renuncia a la actividad laboral y la consiguiente vía de ingresos. De acuerdo con la EDAD 2008, el 60% de los cuidadores principales que residen en el hogar de la persona dependiente afirman que han tenido que reducir “sustancialmente” su tiempo de ocio y de relaciones personales. Los cuidados también afectan al propio trabajo doméstico, a la vida familiar y a otras actividades habituales, y trasladan a la familia muchos de los costos derivados del cuidado.

Por último, señalar que siempre que se habla de la creación de empleo derivada de la implantación del SAAD se tiene una tendencia inercial desde algunos sectores a considerar voluntaristas aquellas previsiones que, a su juicio, superen lo razonable desde su punto de vista de las políticas de gasto. Por qué no se habla simultáneamente de las políticas de ingresos? Queremos realmente converger en la estructura ocupacional con los países más desarrollados de la UE o, al menos, con la media? Sin duda aquí está uno de los yacimientos de empleo más importantes para que nuestro país pueda hacer frente a su insoportable tasa de desempleo estructural.

4. OTROS IMPACTOS DE LA LAPAD

Además del impacto descrito sobre la generación de empleo y la estructura ocupacional y sobre la asignación de recursos (gasto social), habría que destacar algunos otros.

4.1. Sistema de Salud

Con la puesta en marcha e implantación del SAAD se presenta la oportunidad de establecer la imprescindible coordinación entre los servicios sociales y los servicios sanitarios.

El aumento de la población mayor tiene un importante impacto en la asistencia sanitaria en general y en la medicina de urgencias en particular. El sistema sanitario está orientado principalmente a atender procesos agudos y no tanto al perfil del paciente con una o varias patologías de larga evolución. El perfil del enfermo crónico se ha modificado. Suelen ser pluripatológicos, padecer insuficiencia cardíaca, bronquitis crónica y alguna otra patología como diabetes o hipertensión. El modelo sanitario actual es muy eficiente para el paciente agudo pero no tanto para el paciente con varias patologías crónicas. A la vista de todos los cambios producidos,

hay que cambiar el modelo de atención y hacerlo más eficaz y sostenible. El reto de la cronicidad tiene que ser compartido por los dos sistemas.

En España no está bien resuelta la transición entre los sistemas sanitario y social. Es necesario pasar del sistema actual a otro con continuidad entre lo sanitario y lo social. El modelo asistencial actual es incompatible con la carga de enfermedad y cronicidad. Los crónicos necesitan un modelo asistencial diferente. Los datos nos dicen que en torno a la mitad de los crónicos hospitalizados podrían haberse evitado si hubiésemos hecho las cosas bien antes y después. Si están ahí es responsabilidad del modelo, que no les previene de entrar en el hospital y no les da soluciones para la salida. Y cada vez habrá más casos. La causa de esta mayor demanda está en que las curvas del envejecimiento y la cronicidad de la población y las de recursos adaptados a esa situación no crecen al mismo ritmo.

Uno de los primeros problemas a abordar para iniciar este camino es conectar el hogar del paciente, la atención primaria (centros de salud y centros de servicios sociales) y la especializada (hospitales con sus servicios de urgencias y centros residenciales socio-sanitarios integrados en el SAAD que tienen unidades especializadas para personas con pluripatologías, demencias, etc.) Se evitarían desplazamientos e ingresos hospitalarios innecesarios, exploraciones y pruebas duplicadas e incluso la polifarmacia que se da en algunos casos, contribuyendo a aliviar el bloqueo y la presión creciente sobre los centros hospitalarios.

Los hospitales se están convirtiendo en espacios cada vez más tecnificados y orientados hacia la rápida rotación de pacientes. Cuando llega el momento del alta, la continuidad de los cuidados no está garantizada al no estar disponibles recursos alternativos (camas media estancia, residenciales o de cuidados en el domicilio). Se habla entonces de alta sanitaria y baja social. Se trata de personas cuyas condiciones sociales no hacen posible su salida del hospital.

El paciente sigue en el hospital, rodeado de una tecnología que no necesita y sin recibir la atención adecuada que requiere. Ante la falta de alternativas, la hospitalización se alarga innecesariamente, lo que repercute no solo en la calidad de vida del paciente sino también en el aumento de gasto (unos cuidados intermedios cuestan hasta seis veces menos que la atención aguda). Además se interfiere la actividad programada: a más camas bloqueadas, menor actividad y mayor lista de espera.

Es urgente, por tanto, reducir las estancias de pacientes que pueden ser atendidos mediante recursos alternativos. Se evitaría así seguir atendiendo en centros hospitalarios a determinado perfil de pacientes crónicos y/o personas en grave

situación de dependencia que se atenderían bien en atención domiciliaria con apoyo sanitario, social y tecnológico, bien en centros residenciales socio-sanitarios. En plazas temporales o permanentes. Obviamente el proceso no puede realizarse externalizando los costes hacia el sector de cuidados de larga duración que no podría hacer frente a los mismos sin los cambios correspondientes en cuanto a financiación.

Resulta, pues, inaplazable comenzar a concretar actuaciones en las que profesionales, infraestructuras y servicios de ambos sistemas operan en red, establecen pasarelas y derivaciones protocolizadas entre ellos y prestan a la persona en situación de dependencia, eficaz y eficientemente la atención apropiada y en el sitio adecuado asegurando cuidados continuos (la atención social y sanitaria debe ser un *continuum*) y, simultáneamente, consiguiendo una mejor calidad asistencial y una mayor sostenibilidad económica de los dos sistemas de protección.

Todo ello, en base a la convicción de que la persona es, debe ser, el centro de las actuaciones de los dos sistemas. En la situación actual se mueve al paciente, a las personas en situación de dependencia (con unas incomodidades personales y unos costes muy elevados), cuando lo que se tienen que mover son los sistemas hacia el paciente, hacia la persona en situación de dependencia. Se trata, por tanto, de adoptar una visión de atención integral centrada en la persona que necesita que la curen (Cure) y que la cuiden (Care).

4.2. Sistema de Servicios Sociales

Dado que el SAAD está dentro del Sistema de Servicios Sociales (su catálogo de servicios asume y amplía los mismos servicios sociales que ya se venían prestando), el Sistema de Servicios Sociales y su red de infraestructuras y servicios deben actuar de una manera integrada para atender a todas las personas que necesiten su asistencia, sean dependientes o no, evitando la creación de redes paralelas y la dispersión de recursos humanos y económicos. Las leyes de servicios sociales de las comunidades autónomas y su normativa de desarrollo deben regular de forma clara y sistemática esta integración de infraestructuras y servicios.

Este nuevo escenario de protección que hace posible la puesta en marcha de la LAPAD, supone sin duda, un muy significativo avance en la protección social en España al consolidar derechos subjetivos y universalizar su cobertura a todos los ciudadanos y tiene que servir de revulsivo para consolidar y ampliar el Sistema Público de Servicios Sociales como el cuarto pilar del Estado de Bienestar.

Desde el punto de vista institucional, la implantación del SAAD obliga al Sistema de Servicios Sociales no sólo a integrar las nuevas prestaciones, sino también a redefinir el conjunto del sistema, lo que puede provocar determinadas tensiones organizativas. En este sentido, la coordinación e integración de redes y servicios en sus aspectos administrativos y territoriales requiere, entre otras acciones, un conjunto de medidas de ordenación normativa y de reorganización funcional y territorial.

Cada comunidad autónoma, a través de su capacidad normativa tiene la obligación de articular un sistema coherente en el que se unifiquen las formas de acceso, los sistemas de provisión de plazas y servicios, los criterios de calidad y acreditación y la aportación económica del usuario y se refuercen las pautas de actuación que se están implantando en el SAAD en cuanto a ratios de personal de atención, intensidades, calidad, profesionalidad, etc.

Los servicios sociales tienen, pues, con esta Ley una magnífica oportunidad para su indispensable transformación general en un auténtico sistema de protección. Igualmente, ofrece una ocasión inmejorable para elevar sus estándares de calidad, sus equipamientos, la formación y las condiciones de trabajo de sus profesionales.

4.3. Nuevas tecnologías

La implantación del SAAD tiene efectos claros sobre el desarrollo de las nuevas tecnologías que están teniendo y tendrán en los próximos años un enorme impacto en todos los ámbitos de la vida de las personas. Están cambiando también las formas de recibir atención y cuidados las personas en situación de dependencia y suponen una formidable oportunidad para mejorar su calidad de vida y su nivel de participación social.

Uno de los campos en los que la aplicación de las nuevas tecnologías está generando innovaciones importantes para las personas en situación de dependencia es la domótica (conjunto de sistemas que automatizan las diferentes instalaciones de una vivienda). Su desarrollo y su integración con un diseño arquitectónico y un equipamiento mobiliario adecuado, supone una importante ampliación de sus niveles de autonomía personal y de sus posibilidades de participación, pues lo que para la mayoría de la gente puede suponer una simple mejora del confort o de la seguridad, para una persona con limitaciones funcionales severas puede marcar la diferencia entre poder o no poder realizar una determinada tarea doméstica o una actividad esencial de la vida cotidiana, y, en definitiva, entre poder o no poder seguir viviendo en su ambiente habitual.

La confluencia de la domótica y las telecomunicaciones (la teledomótica) es especialmente prometedora para las personas en situación de dependencia. No se trataría ya sólo de hacer de la casa un lugar más habitable, confortable y seguro, sino también un lugar en el que se pueda continuar viviendo (porque se facilita la realización de las actividades de la vida cotidiana con el máximo grado posible de autonomía) y, además, un lugar interconectado, abierto al mundo, integrado en la comunidad.

Las nuevas tecnologías están cambiando el perfil de servicios como el de tele-asistencia que, además de sus prestaciones tradicionales, en la actualidad facilita al usuario dispositivos de localización y emergencia, de detección de caídas o de medida de constantes vitales y la comunicación con el centro de atención, además de la transmisión de voz, permite la transferencia de datos y la vídeo-llamada, utilizando una webcam yo la pantalla del televisor del hogar.

Los sistemas de teleasistencia funcionan ya de manera proactiva, y no sólo reactiva, pues además de asegurar la respuesta ante la activación de las alertas por parte del usuario, pueden detectar, mediante dispositivos y sensores, el tiempo que permanece en la cama, las veces que va al baño o si toma o no los medicamentos y sus constantes (por ejemplo, el peso, la frecuencia cardíaca o la tensión arterial) anomalías o cambios que pueden ser indicativos de posibles problemas de salud.

Las nuevas tecnologías han hecho posible también la incorporación de la tele-medicina a los dispositivos de atención a las personas en situación de dependencia, mediante sistemas que permiten la realización de vídeo-conferencias, la transmisión de datos y el envío de imágenes con calidad diagnóstica, puede proporcionar seguridad y asistencia a estas personas, tanto si residen en su domicilio como si están en una residencia, evitando desplazamientos innecesarios al centro de salud o al hospital. Todo ello abre nuevas e importantes posibilidades en el sector de la dependencia.

4.4. Consolidación de un nuevo sector económico

El proceso de implantación del SAAD debería suponer la consolidación de un nuevo sector de actividad que sería motor de crecimiento económico, mejoraría la competitividad de nuestro tejido productivo y tendría un importante impacto sobre la creación de empleo, pues la atención a la dependencia se concreta, como es conocido, en actividades de cuidados personales, muy intensivos en empleo.

La LAPAD establece la colaboración y la cooperación entre el sector público y el privado. Se optimizan así los recursos públicos y privados disponibles configurándose,

como indica la LAPAD, una red de utilización pública. La coordinación y cooperación de unos y otros va a ser un elemento fundamental en el proceso de desarrollo e implantación de la Ley.

Debe lograrse un marco claro y estable de relación entre el sector público y el privado en la provisión y desarrollo de servicios de atención a la dependencia. Este marco debería tener un planteamiento a medio y largo plazo, en especial en torno al papel que cada parte ha de tener en los planes de desarrollo de infraestructuras, de provisión de servicios y gestión de los mismos.

Un buen comienzo sería consensuar cuánto cuestan los servicios a partir de los estudios que se han realizado sobre análisis de costes. A continuación, tanto las administraciones públicas como el sector privado deben actuar en consecuencia para primar la calidad del servicio. La tarifa debe adecuarse a los costes reales de los servicios y diferenciarse según grado y nivel de dependencia. Asimismo, habría que reducir las excesivas demoras de pagos por parte de las administraciones públicas y lograr que los concursos públicos no se conviertan en meras subastas.

4.5. Convergencia con la Unión Europea

La convergencia social y económica con la UE debería ser otro de los impactos importantes de la Ley, dependiendo su importancia del grado de desarrollo de la misma. El gasto social español, como queda dicho, se encuentra históricamente, muy por debajo de la media de la UE. Mientras que en la UE-15 la media de gasto social es del 30% del PIB, en España estamos en el 26%. Esta diferencia es mucho mayor si se compara con los países nórdicos, Francia y Holanda que superan el 30%.

El desarrollo e implantación del SAAD nos va a exigir, por tanto, caminar hacia la convergencia con los países más desarrollados de la UE en términos de ingresos (32,4% del PIB frente al 40% de Alemania o 48% de Dinamarca Datos2011), de gasto social y simultáneamente en la equiparación de la estructura ocupacional de la población en edad de trabajar, que repercutiría de modo inmediato en el incremento de las tasas de actividad y de empleo.

Resulta relevante, de cara al futuro, constatar como la crisis y el impacto sobre la destrucción de empleo afectaron de distinta manera a unos u otros países en función del modelo prioritario de crecimiento económico que tenían y del modelo de asignación y distribución de recursos que practicaban.

EPÍLOGO

Estamos ante una Ley que da respuesta a una de las demandas más importantes de nuestra sociedad mejorando sustancialmente la atención a las personas en situación de dependencia, que genera una importante actividad económica y un elevado número de puestos de trabajo y que contribuye a converger con la estructura de empleo y con el porcentaje de gasto social sobre PIB de los países más desarrollados de la UE. Una Ley que, además, ha logrado en torno a ella un acuerdo parlamentario y social casi unánime que la convierte en un proyecto de todos.

Afrontar el problema de la atención a las personas en situación de dependencia además de ser una responsabilidad social y política es una oportunidad económica que España tiene que aprovechar. Como ponen de manifiesto varios estudios de instituciones económicas la no implantación de un dispositivo como el SAAD supone un enorme coste de oportunidad pues, de no ponerse en marcha a corto plazo, las presiones de atención de las personas dependientes sobre el Sistema de Salud (más costoso y gratuito) se incrementan considerablemente.

En los años que todavía quedan para completar su implantación se requerirán notables esfuerzos políticos y económicos y unas enormes dosis de cooperación y lealtad institucional, de colaboración público-privada y de compromiso del conjunto de la sociedad para que la Ley pueda dar respuesta a las grandes expectativas que generó, garantizar el ejercicio del derecho reconocido y consolidar un nuevo sector económico generador de actividad y de empleo.

La LAPAD nos sitúa, en fin, en el umbral de un nuevo estadio del Estado de Bienestar donde se garantizan los cuidados de larga duración a los ciudadanos que se encuentran en situación de dependencia y se promocionan las políticas de autonomía personal mediante el ejercicio de un derecho subjetivo y unas infraestructuras de servicios adecuadas. El rumbo está marcado, el ritmo dependerá de diversas circunstancias y, especialmente, de la voluntad que se tenga como país de priorizar y asignar recursos.

BIBLIOGRAFÍA / ENLACES DE INTERÉS

BARRIGA MARTÍN, L.A., BREZMES NIETO, M.J., GARCÍA HERRERO, G. y RAMÍREZ NAVARRO, J.M., *Desarrollo e implantación territorial de la LAPAD*, XII Dictamen del Observatorio Estatal Dependencia (enero 2014). Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales.

CERMI. (2004) *La protección de las situaciones de dependencia en España una alternativa desde la óptica del sector de la discapacidad*.

HERCE, J.A., LABEAGA, J.M., SOSVILLA, S. y ORTEGA, C. (2006), *Sistema Nacional de Dependencia. Evaluación de sus efectos sobre el empleo*. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO).

Instituto de Mayores y Servicios Sociales, IMSERSO (2005), *La atención a las personas en situación de dependencia. Libro Blanco*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Instituto Nacional de Estadística, INE (2009), *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008 (EDAD)*. Madrid, INE.

PANIZO ROBLES, J.A. (2007) «La cobertura social de la dependencia». *Revista de trabajo y seguridad social* num. 286.

RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2005) «La protección social de personas dependientes como desarrollo del estado de bienestar en España». *Panorama Social* num. 2

RODRÍGUEZ CASTEDO, A. y JIMÉNEZ LARA, A. (2005) *La regulación de la atención a la dependencia en la UE. Modelos comparados*. Universidad de Valencia.

RODRÍGUEZ CASTEDO, A. y JIMÉNEZ LARA, A. (2010): *La atención a la dependencia y el empleo. Potencial de creación de empleo y otros efectos económicos de la LAPAD*. Fundación Alternativas 159/2010.

Enlaces de interés

- www.imserso.es
- www.envejecimientoenred.csic.es
- www.ine.es
- www.europa.eu.int/comm/eurostat
- www.directoressociales.com
- www.ceapat.org

Capítulo XIX

LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: LA UNIÓN EUROPEA

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos

Fundación ONCE

Director de los Servicios Jurídicos del CERMI

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la discapacidad ha sido abordada en el ámbito internacional a distintos niveles y en diversos foros de carácter multilateral (Naciones Unidas, OCDE, Consejo de Europa, Organización Mundial de la Salud, etc.). Cada una de estas organizaciones lo ha hecho desde perspectivas distintas según sus competencias.

Sin embargo, ha sido la Unión Europea la que ha abordado la protección de la discapacidad desde una perspectiva más holística y también con un mayor impacto. Y ello ha sido debido al carácter único del proceso de integración europea que ha permitido a Bruselas asumir competencias que antes pertenecían a los Estados miembros y adoptar legislación con carácter vinculante en todos sus Estados miembros (28 a la hora de escribirse estas líneas).

Es por ello, que en este homenaje a Adolfo Jiménez, tan querido y tan admirado, y del que uno ha aprendido tanto, en el trabajo y en la vida, mis reflexiones se van a centrar en el ejemplo europeo, el cual, a pesar de sus imperfecciones, creo que puede servir de modelo para otras organizaciones internacionales y otros procesos de integración regional.

2. SEGURIDAD SOCIAL Y DISCAPACIDAD EN LA UE: DIFERENCIAS CONCEPTUALES Y DE DEFINICIÓN

A la hora de abordar a nivel europeo temas como Seguridad Social o discapacidad la primera consideración a tener en cuenta es conceptual. Detrás de ambos términos se esconde una gran diversidad de realidades. Por un lado, no hay que olvidar que la Seguridad Social es una competencia nacional y que el papel de la UE se limita a establecer una serie de normas comunes que protegen los derechos de Seguridad Social de todos los ciudadanos europeos cuando se desplazan dentro de la Unión. Así, las normas europeas sobre coordinación de la Seguridad Social no reemplazan los regímenes nacionales por un régimen europeo único, sino que cada país sigue siendo libre de decidir según su propia legislación quién está asegurado, qué prestaciones percibe y qué requisitos debe cumplir.

Por otro lado, detrás del término “discapacidad” se esconde también una gran diversidad de realidades. Dicha diversidad se ha visto incrementada considerablemente tras las sucesivas olas de adhesiones que se han producido en la última década (la más reciente la de Croacia en julio de 2013). Si cada persona con discapacidad es ya de por sí una realidad diferente, el aforismo también es válido cuando estamos hablando de 28 países distintos, cada uno de ellos con una realidad social, económica, cultural y legal propia.

No obstante, no cabe duda que detrás de esa diversidad se esconden también una serie de rasgos comunes. El proceso de integración que el Viejo Continente ha experimentado en los últimos 60 años ha conducido a la convergencia en muchas áreas, fenómeno al que no se escapa la realidad de la discapacidad. Y ello a pesar de que los Tratados comunitarios no otorgan a la UE ni los poderes ni las herramientas necesarias para la instauración de una verdadera política común. Por no haber, no existe ni una definición común de la discapacidad. Las definiciones y los criterios utilizados para determinar la existencia de una discapacidad difieren considerablemente en los 28 Estados miembros, lo que supone un obstáculo significativo para el reconocimiento mutuo de las decisiones nacionales en materia de discapacidad, como por ejemplo en lo que respecta a la elegibilidad en el acceso a prestaciones de Seguridad Social, a servicios o a instalaciones específicas. Esto hace que en el caso de los ciudadanos europeos que migran de un Estado miembro a otro se puedan dar situaciones en las que en un país son clasificadas como personas con discapacidad pero en otro no, o bien que sean clasificadas únicamente dentro de uno de los numerosos tipos de discapacidad reconocidos en un Estado miembro y, por este motivo, no poder disfrutar de ciertos derechos o prestaciones de Seguridad Social reservadas a los demás tipos.

La aprobación en 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 1 incluye una definición de discapacidad¹ no ha llenado este vacío, ya que se trata de una definición abierta que sigue dejando la última palabra a los gobiernos nacionales.

La formulación de una definición de discapacidad común constituye pues una asignatura pendiente del proceso de integración europeo y de la creación de un verdadero mercado único, en donde las personas con discapacidad puedan circular libremente sin ver mermados sus derechos (incluido el acceso a las prestaciones de protección y de Seguridad Social) en función del país en que se encuentren. Mientras tanto, habremos de continuar utilizando como punto de referencia la definición de la Organización Mundial de la Salud, incluida en la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías (CIDDM), la cual no es aceptada unánimemente por su excesiva extensión y que, además, ha sido criticada por estar demasiado orientada hacia los aspectos médicos de la discapacidad y no otorgar un mayor protagonismo a los aspectos sociales de la misma.

3. LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EUROPA: LA LEGISLACIÓN DE IGUALDAD DE TRATO COMO ELEMENTO CENTRAL.

La protección de la discapacidad en Europa se ha desarrollado y articulado principalmente a través de la legislación de igualdad de trato y de no discriminación, que empezó a definirse ya desde la fundación de la entonces llamada Comunidad Económica Europea en 1957. Bien es cierto que en un principio se puso el énfasis en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, todo ello desde la perspectiva del mercado interior y de permitir la libre circulación de trabajadores, bienes, servicios y capitales en igualdad de condiciones. En contraste, otras realidades, como la edad, la raza o la discapacidad, quedaban en un segundo plano.

Así, no fue hasta mediados de los años 90 cuando surgió un consenso acerca de la necesidad de que la Unión Europea, apremiada por el Parlamento Europeo y la sociedad civil, se enfrentase a la discriminación en una serie de campos adicionales, entre ellos la discriminación por razón de discapacidad.

Fue el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1997, el que autorizó por primera vez a la Unión Europea, a través de su artículo 13, a adoptar medidas para

¹ “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, siendo ésta, de hecho, la primera referencia específica de los Tratados a la “discapacidad”. Este artículo proporcionaba por primera vez una base para abordar situaciones de discriminación múltiple, mediante el establecimiento de una política y un enfoque legal común para los distintos motivos de discriminación (edad, género, raza, religión, etc.).

En virtud de ese fundamento jurídico proporcionado por el artículo 13, se adoptó en el año 2000 un paquete integrado de medidas de lucha contra la discriminación, entre los que cabe destacar, desde la perspectiva de la discapacidad, la Directiva en el ámbito del empleo y la ocupación² que prohíbe la discriminación por cualquiera de los motivos que figuran en el mencionado artículo y el programa de acción en materia de no discriminación, el cual incluía una serie de medidas complementarias. Dicha Directiva fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31-12-2003). Dentro de ella, el CAPÍTULO III, del Título II. Medidas para la Aplicación del Principio de Igualdad de Trato³.

Más tarde, en 2001, el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam fue modificado por el Tratado de Niza con el objeto de permitir la adopción de medidas de incentivos por mayoría cualificada del Consejo. Mientras, las medidas legislativas seguían requiriendo aprobación por unanimidad de todos los Estados miembro. Y ello a pesar del lobby realizado por el sector social e incluso de las propuestas por parte de la Comisión para pasar a un sistema de mayoría cualificada. Hay que destacar que trece años después el requisito de la unanimidad continúa siendo uno de los elementos que dificulta nuevos avances en la materia. Buena prueba de ello es la propuesta de Directiva de no discriminación formulada por la Comisión en 2008 para extender dicho principio a ámbitos como la educación, la sanidad, la vivienda o la protección social⁴. El dossier lleva desde entonces bloqueado en el Consejo, sin verdaderas perspectivas de que la cosa cambie y pueda convertirse en derecho positivo. Lamentablemente el Tratado de Lisboa (adoptado en diciembre de 2009) no modificó significativamente la situación, aunque sí que supuso, todo hay que decirlo, un cierto avance en la medida que estableció el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales. La misma contiene un amplio catálogo de derechos (sensiblemente más amplio, por ejemplo, que el incluido en nuestra Carta Magna) todos ellos ya

² Directiva 2000/78/EC sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

³ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁴ Propuesta de Directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426 final, 2 de Julio de 2008.

contemplados en diversos convenios e instrumentos legislativos pero a los que no se otorga rango constitucional. Entre ellos cabe destacar la transversalidad de la no discriminación por razón de discapacidad. Esto, combinado con la incorporación de la Convención al acervo comunitario y al derecho positivo de los 28 Estados miembros, contribuirá sin lugar a dudas a hacer avanzar la agenda del sector de la discapacidad a nivel europeo, sobre todo a través de futuros desarrollos jurisprudenciales.

4. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Comenzábamos este capítulo haciendo referencia a los foros internacionales multinacionales. Si hubiese que destacar uno de ellos desde la perspectiva de la discapacidad, ese no es otro que las Naciones Unidas. Su principal mérito, que no es poco, ha sido la aprobación en 2006 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue ratificada en 2010 por la Unión Europea.

Así, se podría decir que si la primera década del Siglo XXI en el ámbito de la igualdad de trato en Europa se debe vincular a la adopción de las Directivas de no discriminación del año 2000 que mencionábamos anteriormente, esta segunda década será recordada sin duda por la ratificación de la Convención, que de alguna manera da carta de naturaleza y confirma el cambio de paradigma en lo que afecta a las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

No deja de ser simbólico que la Convención sea el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, así como el primer tratado internacional de derechos humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea.

La Convención recoge los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos. Más concretamente, la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual —incluida la libertad para tomar las propias decisiones—, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Con respecto a la UE, la Convención entró en vigor el 22 de enero de 2011 (una vez completado el procedimiento de conclusión mediante el depósito de los instrumentos de confirmación formal ante el Secretario General de las Naciones Unidas

en Nueva York). Desde entonces tanto los Estados miembros como la propia Unión Europea han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad.

En 2010 la Unión Europea adoptó un Código de Conducta definiendo cómo la UE y los Estados miembros trabajarían conjuntamente para la implementación de la Convención. Por su parte, en España se promulgó en 2011 la *Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*⁵. Sin embargo, como acertadamente abogan y argumentan las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, todo esto no es suficiente. A día de hoy en Europa está aún pendiente la ratificación del Protocolo Facultativo, que permite a las partes reconocer la competencia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas para examinar las denuncias de particulares.

Igualmente queda mucho por hacer en términos de la implementación de la misma. A estos efectos se antoja necesario que la Comisión Europea desarrolle unas directrices que permiten el *mainstreaming* de la Convención en toda la legislación europea, no solo la futura sino que también debería conllevar una revisión del acervo comunitario actualmente vigente. En este contexto debemos valorar positivamente la reciente adopción de los nuevos Reglamentos que regularán la utilización de los Fondos Estructurales, principales instrumentos financieros comunitarios, durante el periodo 2014-2020, que contemplan la Convención como una condición *ex ante*.

Sea como fuere, no le corresponde únicamente a la UE hacer todo el trabajo. Es imprescindible que los 28 Gobiernos hagan también sus deberes. En el caso de España, como recientemente ha recordado el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) aún queda mucho trabajo por hacer y camino por recorrer para que la Convención y los derechos recogidos en la misma sean plenamente operativos. Utilizando palabras del propio CERMI “son numerosos y profundos los cambios normativos que España ha de acometer en el ámbito de la Justicia para que nuestro país cumpla con la Convención de la ONU, que es especialmente exigente en relación con la plenitud civil y de derechos de las personas con discapacidad”⁶. Entre las reformas pendientes cabría destacar las siguientes:

- La modificación del Código Civil y las leyes procesales civiles para suprimir de nuestro ordenamiento la figura de la incapacitación judicial, la cual es ab-

⁵ Ley 26/2011, de 1 de agosto de 2011.

⁶ Comunicado de Prensa de CERMI (19/6/2013) *El CERMI reclama a Justicia que asuma la Convención de la ONU y actúe* (<http://www.cermi.es/ES-ES/NOTICIAS/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=4454>)

solutamente incompatible con la Convención, y que debería ser sustituida por un proceso de apoyo en la toma libre de decisiones por parte de las personas con discapacidad que precisen de este acompañamiento;

- la revisión de la regulación legal de los internamientos forzados para que en ningún caso puedan efectuarse sobre la base de la discapacidad de la persona, lo que supone una violación flagrante de los derechos humanos;
- la eliminación de las leyes penales de la posibilidad de la esterilización no consentida de determinadas personas con discapacidad;
- el establecimiento de un sistema de medidas de seguridad en el que la discapacidad no resulte un hecho relevante a ningún efecto negativo para los derechos y la libertad de la persona;
- la modificación de la legislación de Jurado, la cual mantiene disposiciones que excluyen a las personas con discapacidad, lo que a la luz de la Convención resulta manifiestamente discriminatorio;
- la revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de manera que durante todo el procedimiento se garanticen los derechos de las personas con discapacidad a un juicio justo y a una defensa correcta y con todas las garantías, de modo que no sufran una doble victimización, algo que por desgracia ocurre actualmente.

En resumen, tanto al Ejecutivo como al legislador español le quedan muchos deberes por hacer para asegurar que nuestro ordenamiento jurídico sea respetuoso con la Convención, que no olvidemos que en tanto Tratado internacional debidamente firmado y ratificado por nuestro país, es derecho positivo y tiene rango superior a la legislación preexistente. La dificultad de modificar sustancialmente muchas de las instituciones y prácticas procesales tradicionalmente aceptadas no puede servir ni mucho menos como excusa para continuar retrasando la asunción por España de las obligaciones adquiridas en el contexto del Derecho Internacional Público y que no son sino el reflejo de la justicia natural, entendida en un sentido aristotélico.

5. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DISCAPACIDAD 2010-2020

En noviembre de 2010 la Comisión Europea adoptó la *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020*⁷, la cual es el marco de referencia para las iniciativas po-

⁷ COM(2010) 636 final, 15 de noviembre de 2010.

líticas y legislativas europeas en este ámbito y tiene como elemento vertebrador la lucha contra la discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad. La nueva estrategia está vinculada a la llamada Estrategia Europa 2020, que busca combinar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en Europa y que fija objetivos cuantitativos ambiciosos en términos de empleo, I+D, educación, lucha contra el cambio climático y reducción de la pobreza.

La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 tiene como una de las principales prioridades la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Igualmente se centra en la eliminación de barreras e identifica medidas a escala de la UE complementarias a las acciones a nivel nacional. También determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención.

Asimismo se focaliza en otros aspectos fundamentales para la plena integración y la igualdad de trato de las personas con discapacidad, entre las que cabe resaltar las siguientes:

- **Accesibilidad:** la Comisión se comprometió a adoptar una “Ley Europea de Accesibilidad”, que tras sucesivos retrasos se espera ahora para la primavera de 2014 y cuyo alcance exacto está aún por definir. Igualmente se compromete a intentar utilizar otras palancas normativas para la promoción de la accesibilidad, como la normalización, las ayudas de estado o la nueva legislación sobre contratación pública.
- **Participación:** el objetivo aquí es garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de ciudadanía de la Unión Europea en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Al efecto, la Comisión se compromete a trabajar por aspectos tales como el reconocimiento mutuo de las tarjetas de discapacidad y de los derechos relacionados, la utilización del lenguaje de signos y del alfabeto Braille o el fomento de formatos accesibles para los sitios Internet y las obras protegidas por derechos de autor.
- **Apoyo financiero:** en el marco de la revisión del marco presupuestario y de los distintos fondos europeos, la Comisión promueve un alineamiento de los mismos con los objetivos de la nueva estrategia.
- **Cooperación:** el ejecutivo comunitario también pretende fomentar una mayor cooperación entre los Estados miembros y la sociedad civil, ofrecer un foro para el intercambio de datos y la coordinación de las políticas, en particular sobre la transferibilidad de los derechos (por ejemplo, el derecho a una asistencia personalizada).

- Sensibilización: se busca también fomentar la concienciación de la población europea sobre todo lo referente a la discapacidad y a la accesibilidad. Un buen ejemplo es el “Premio Ciudad Accesible” que concede la Comisión Europea. En la última edición (2013) Málaga y Burgos fueron finalistas, mientras que Ávila ganó el premio en su primera edición (2010).
- Recopilación de datos: una de las asignaturas pendientes es obtener cifras paneuropeas que permitan conocer en detalle y comparar la situación de las personas con discapacidad a lo largo y ancho de la Unión. Esa será otra de las prioridades de la Comisión Europea para los próximos años, con el objetivo de tener una fotografía de alta resolución que le permita adoptar las políticas más eficaces posibles.

La Estrategia viene acompañada de una lista de las acciones previstas con el horizonte 2015 en mente. Durante 2014 la Comisión realizará la evaluación a medio término de la misma; en función de los resultados de ese ejercicio se decidirán las prioridades para el próximo quinquenio. No hay que descartar que las mismas se articulen a través de una nueva Estrategia una vez que el nuevo Colegio de Comisarios tome posesión en noviembre de 2014.

6. REFLEXIONES SOBRE LA FUTURA POLÍTICA EUROPEA DE DISCAPACIDAD

Es indiscutible que en las últimas dos décadas la UE ha realizado avances considerables en la definición de políticas y legislación que contribuyan a la verdadera integración de las personas con discapacidad a todos los niveles. Entre otros cabe citar el cambio de paradigma (del modelo médico al social), el reconocimiento normativo de los derechos de las personas con discapacidad, el cada vez más común *mainstreaming* de la discapacidad en la legislación europea o la creciente concienciación por la clase política y la tecnocracia europeas sobre la importancia de la no discriminación. Sin perjuicio de todo ello, aún queda un largo camino por recorrer y considerables desafíos y retos que abordar para conseguir una verdadera igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Uno de los principales desafíos a los que aún se tiene que enfrentar Europa, en unos países en mayor medida que en otros, es el pasar del dicho al hecho. El reconocimiento jurídico cristalizado en las Directivas de 2000 y la Convención no se ha traducido de forma automática en la práctica. Los frutos de los esfuerzos legislativos realizados por la Unión Europea no se han traducido de manera clara en una

mejora de la situación de una buena parte de la población con discapacidad europea. El *enforcement* (cumplimiento) es por lo tanto el principal de los desafíos a los que hacer frente, sobre todo tras la entrada en vigor de la Convención. La formación de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, notarios, etc.) es fundamental a este respecto. El programa que la Comisión Europea tiene conjuntamente con la Academia de Derecho Europeo es una excelente iniciativa pero no deja de ser una gota en el océano, siendo necesario que los distintos países promuevan programas similares de manera sistemática y continuada en el tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe esperar que más pronto que tarde nueva legislación europea, más ambiciosa y con mayor alcance, vea la luz y cubra las lagunas actuales. La Ley Europea de Accesibilidad que mencionábamos anteriormente va a ser un primer paso. Solo cabe esperar que el *lobby* empresarial no consiga que se convierta en una iniciativa descafeinada de cara a la galería y que no aporte valor, ni para la ciudadanía ni para ellos mismos, como ventaja competitiva y diferencial.

Asimismo, el movimiento de discapacidad europeo no debe renunciar a su vieja aspiración de tener una Directiva marco específica, que aborde de manera pormenorizada la no discriminación e igualdad de trato de las personas con discapacidad en otros ámbitos distintos del empleo. Su alcance dependerá de si el proyecto de Directiva sobre no discriminación de la que hablamos con anterioridad sale finalmente adelante o no.

Avanzar en el *mainstreaming* de la discapacidad en las distintas políticas europeas se me antoja también fundamental. Como señalábamos anteriormente, en los últimos años hemos conseguido avances significativos (Fondos Estructurales, contratación pública, etc.) pero utilizando el proverbio español la UE tiene tendencia a dar “una de cal y otra de arena”. El proyecto de Directiva sobre la accesibilidad de los sitios web, que está totalmente “descafeinado” y que apenas supondrá avances en muchos Estados miembros, es un buen ejemplo en este sentido.

Finalmente, a nivel sectorial, habrá que continuar trabajando para que en los próximos años se revisen al alza los Reglamentos existentes sobre los derechos de los pasajeros con movilidad reducida en los distintos medios de transporte. En el mundo globalizado en el que nos ha tocado vivir, en el que la movilidad es cada vez más indispensable, resulta fundamental avanzar en este frente.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En una Unión Europea en la que se origina alrededor del 80% de la legislación que se aplica en España, uno no puede escapar a la conclusión de que gran parte

del futuro de los españoles con discapacidad y sus familias se juega en Bruselas. Asimismo, la creciente globalización hará que otros foros de carácter multilateral jueguen un papel cada vez más relevante. La Convención de las Naciones Unidas es quizás el ejemplo paradigmático, sin olvidar el impacto positivo que han tenido a lo largo de los años los trabajos de organizaciones como el Consejo de Europa, la OCDE o la Organización Mundial de la Salud.

En un mundo cada vez más integrado e interdependiente no debemos renunciar a buscar nuevas palancas que nos permitan avanzar y acelerar el proceso de integración de las personas con discapacidad y de eliminación de todo tipo de discriminación y barreras. Quizás el G8 o el G20 podrían ser las siguientes... Estoy seguro que Adolfo Jiménez, que siempre ha sido un convencido de la importancia de la colaboración internacional y del diálogo multilateral como vía de aprendizaje mutuo y de solución de problemas en defensa de los más desprotegidos, nos animará a explorar esa senda.

BIBLIOGRAFÍA

- CABRA DE LUNA, MIGUEL ÁNGEL, "La inclusión social como finalidad de las políticas de la Unión Europea", *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*, pp. 85-100. Madrid, Ediciones Cinca, 2010.
- COMISION EUROPEA, *Comunicación — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras*, COM (2010) 636 final, Bruselas, 15.11.2010
- EU NETWORK OF INDEPENDENT EXPERTS ON DISABILITY DISCRIMINATION, *Disability Discrimination Law in the EU Member States*, EU Bruselas, Comisión Europea, 2004.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, PABLO., "La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea" en VV.AA., *2003-2012: Diez Años de Legislación sobre No Discriminación de Personas con Discapacidad en España*, pp. 119-137. Madrid, Ediciones Cinca, Colección Cermi, 2012.
- QUINN, GERARD, "Disability Discrimination Law in the European Union" in Meenan H.(Ed), *Equality Law in an Enlarged European Union: Understanding the Article 13 Directives*, pp. 231-277. Cambridge University Press, 2007.
- WADDINGTON, LISA. & LAWSON, ANNA, *Disability and non-discrimination law in the European Union, Thematic Report of the European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field*. Brussels, European Commission, 2009.

Capítulo XX

LA PROTECCIÓN DE LOS MAYORES Y DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DE IBEROAMÉRICA: LA INFLUENCIA DE LA OISS

José Carlos Baura Ortega

Ex Secretario General del Imsero
Ex Responsable de Programas de Servicios Sociales
y Personas Mayores de la OISS

1. INTRODUCCIÓN

En mi trayectoria profesional he ocupado durante muchos años distintas responsabilidades en el ámbito de los servicios sociales de la Seguridad Social:

Subdirector General de Servicios Técnicos del Inss (Instituto Nacional de Servicios Sociales de la Seguridad Social) 1990-1998, Subdirector General de Planificación, Ordenación y Evaluación del Inss (Instituto de Migraciones y Servicios Sociales de la Seguridad Social) 2000-2004 y Secretario General del Inss (Instituto de Mayores y Servicios Sociales de la Seguridad Social) 2004-2005.

Y tuve el honor de poder colaborar con Adolfo Jiménez cuando era Secretario General de la Seguridad Social (1986-1996). Él, junto con Ángel Rodríguez Castedo, Director General del Inss, hicieron posible la creación y desarrollo de importantes proyectos en el ámbito de los Servicios Sociales: Personas Mayores y Personas con Discapacidad.

Al finalizar mi etapa como Secretario General del Inss, y gracias a Adolfo Jiménez, fui adscrito (a finales del 2005) a la Secretaría General de la OISS, donde se me encomendaron diferentes responsabilidades en el ámbito de los servicios sociales y de las personas mayores. Y en la Secretaría General de la OISS he permanecido

como Responsables de los Programas de Servicios Sociales y de Personas Mayores, hasta mi jubilación (enero 2012).

Desde esa perspectiva relacionaré en este capítulo algunas de las importantes actuaciones de la Secretaría General de la OISS, relacionadas con los servicios sociales impulsadas por su Secretario General (Adolfo Jiménez Fernández).

2. PRINCIPALES ACTUACIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA OISS, EN EL ÁMBITO DE LOS SERVICIOS SOCIALES, EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN IBEROAMÉRICA

La vejez es una etapa muy importante de la vida.

Y uno de los aspectos en los que hay consenso pleno es que las Personas Mayores constituyen un colectivo especialmente vulnerable.

La coherencia con el reconocimiento a la dignidad de la persona y a la necesidad de garantizar un envejecimiento digno, ha impulsado la evolución de las políticas en diferentes países, como es el caso de España, hacia el reconocimiento de Prestaciones y Servicios para garantizar la calidad de vida del Adulto Mayor, como derechos subjetivos, reconocidos y exigibles.

Hay que compatibilizar el reconocimiento de determinados derechos con un enfoque renovado y positivo del envejecimiento como fase llena de posibilidades de realización personal y social.

Desde la Secretaría General de la OISS hemos trabajado, principalmente a partir del año 2006, con las instituciones competentes de los países iberoamericanos, en el ámbito de los Servicios Sociales, para contribuir a la mejora de las condiciones de vida de la Personas Mayores y de las Personas en Situación de Dependencia.

Proyecto “Personas Mayores, Dependencia y Servicios Sociales en los Países Iberoamericanos: Situación, Necesidades y Demandas”

El Proyecto “Personas Mayores, Dependencia y Servicios Sociales en los Países Iberoamericanos: Situación, Necesidades y Demandas”.

Tiene como finalidad contribuir a la mejora de la calidad de vida de las personas mayores y/o en Situación de Dependencia de Iberoamérica, a través de profundi-

zar y compartir el conocimiento de la situación y de la promoción y desarrollo de dispositivos de protección social y de atención a las Situaciones de Dependencia.

Este Proyecto ha permitido avanzar en la identificación de los retos comunes y en la formulación de propuestas conjuntas para la mejora de la calidad de vida de las Personas Mayores, el desarrollo de los Servicios Sociales en particular y del sistema de Protección Social en general y las respuestas ante el fenómeno emergente de la Dependencia.

AÑO 2006-2007

- En su primera fase el proyecto se ha desarrollado en los países del Cono Sur (Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay).

Situación, necesidades y demandas de las Personas Mayores en los Países del Cono Sur

Proyecto de la OISS, contando con la colaboración del Imsero y con la participación de los responsables de las Instituciones gubernamentales competentes en la materia de Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay:

Argentina:

- Dirección Nacional de Políticas para el Adulto Mayor - DINAPAM - (Ministerio de Desarrollo Social).
- Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI).
- Centro de Acción Regional de la OISS para el Cono Sur, Buenos Aires.

Brasil:

- Secretaría Especial de los Derechos Humanos, de la Presidencia de la República.
- Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional de los Derechos de la Persona Mayor.
- Ministerio de Desarrollo Social y Lucha contra el Hambre.

- Ministerio de Salud.
- Instituto Nacional del Seguro Social (INSS).
- Representante de la OISS para Brasil.

Chile:

- Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA).
- Instituto de Normalización Previsional (INP).
- Delegación Nacional de la OISS en Chile.

Paraguay:

- Instituto de Bienestar Social, del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.
- Instituto de Previsión Social (IPS).

Uruguay:

- Programa Nacional del Adulto Mayor, del Ministerio de Salud Pública.
- Instituto de Seguridad Social (Banco de Previsión Social, BPS).

AÑO 2007-2008

Situación, necesidades y demandas de las Personas Mayores en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador y México.

Proyecto de la OISS, contando con la colaboración del Imsero y con la participación de los responsables de las Instituciones gubernamentales competentes de los países:

Bolivia:

- Dirección del Adulto Mayor, del Ministerio de Justicia, Viceministerio de Género y Asuntos Generacionales.

- Superintendencia de Pensiones e Intendencia de Pensiones.
- Delegación Nacional de la OISS en Bolivia.

Colombia:

- Dirección General de Promoción Social, del Ministerio de Protección Social.
- Instituto de Seguros Sociales (ISS).
- Centro Regional de la OISS para Colombia y Área Andina.

Costa Rica:

- Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor (CONAPAM).
- Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS).
- Centro Subregional de la OISS para Centroamérica y Caribe.

Ecuador:

- Dirección Nacional de Gestión de Atención Gerontológica, del Ministerio de Desarrollo Social.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS).

México:

- Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM).
- Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

Otras actuaciones 2008 y 2009

*Programa EUROsociAL Salud, promovido por la Comisión Europea (CE):
Extensión de la Protección Social a Poblaciones en condiciones especiales
de vulnerabilidad - Adulto Mayor y Dependencia.*

En el contexto del Programa sobre Adultos Mayores y Personas en Situación de Dependencia, a propuesta de la Secretaría General de la OISS, y bajo su Coor-

dinación Técnica y Dirección se ha desarrollado una línea de trabajo, basada en intercambios de experiencias, centrada en las Personas Mayores y/o en Situación de Dependencia de la Región, como colectivo especialmente vulnerable.

Línea temática liderada por la OISS en el contexto del Programa EUROSocial Salud, Programa de la Comisión Europea para la Cohesión Social en América Latina.

Reuniones e intercambios de experiencias con responsables gubernamentales de las Instituciones competentes de los países de la Región Iberoamericana: Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay, que han permitido dar a conocer, a las instituciones parte de los intercambios, las experiencias desarrolladas en otros países para mejorar la protección social en salud de los adultos mayores y brindar un espacio de intercambio y diálogo en el que los países de América Latina y Europa puedan revisar sus procesos con miras a realizar cambios y reformas que permitan lograr una mayor y mejor atención a los adultos mayores.

Realización de un Encuentro y un Estudio sobre la situación de los Adultos Mayores en Iberoamérica, para mejorar sus condiciones de vida

Estas actividades fueron encargadas a la Secretaría General de la OISS, contando con la colaboración de la SEGIB (Secretaría General Iberoamericana) a través del Acuerdo num. 7 del Plan de Acción de San Salvador, por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (octubre 2008).

Encuentro en Montevideo

Los días 1 y 2 de septiembre de 2009 se celebró, en la ciudad de Montevideo, el Encuentro Iberoamericano sobre la Situación de los Adultos Mayores, organizado por la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), con la colaboración del Banco de Previsión Social (BPS) de Uruguay y autoridades uruguayas.

Las conclusiones del Encuentro destacaron que los sistemas de protección social son esenciales para garantizar unas condiciones de vida dignas para los adultos mayores, pues constituyen los instrumentos de política pública más importantes para hacer frente a la vulnerabilidad económica en la vejez, garantizar la atención de la salud de las personas mayores y prestarles los cuidados que necesitan cuando se encuentran en situaciones de dependencia.

Estudio sobre la situación de los Adultos Mayores en la Comunidad Iberoamericana

En cumplimiento del mandato de la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, la OISS, junto con la SEGIB, ha elaborado un Estudio sobre la situación de los Adultos Mayores en la Comunidad Iberoamericana en el que se describen y analizan las respuestas institucionales y los dispositivos de atención existentes, se incluye información sobre los recursos, servicios y prestaciones disponibles para los adultos mayores en los países de la Comunidad Iberoamericana, se identifican buenas prácticas y se proponen líneas de trabajo conjunto para la mejora de la calidad de vida.

Fuentes de información del estudio

- La información generada en el marco del proyecto “Personas mayores, dependencia y servicios sociales en los países Iberoamericanos”.
- La información generada en el intercambio sobre extensión de la protección social en salud a adultos mayores y personas en situación de dependencia del Programa EUROsocial Salud.
- Los ejemplos de buena práctica que se han presentado en el Encuentro Iberoamericano sobre la Situación de los Adultos Mayores (Montevideo, septiembre de 2009) y en el Curso sobre Políticas para mejorar las condiciones de vida de las personas mayores como colectivo especialmente vulnerable (Cartagena de Indias, junio de 2010).
- El análisis y sistematización de fuentes documentales y estadísticas secundarias.

Toda esta información ha sido validada y complementada por la OISS a través de sus delegaciones en los países iberoamericanos.

Conclusiones

- En las próximas décadas la región latinoamericana enfrentará el desafío de un cambio irreversible en la estructura por edades de su población.
- Los países de la Comunidad Iberoamericana deben hacer transformaciones profundas en sus políticas públicas para adecuarlas a una sociedad en la cual

habrá proporcionalmente cada vez menos personas jóvenes y más población adulta mayor. Los sistemas de salud y seguridad social deberán adaptarse a una estructura demográfica caracterizada por un número creciente de adultos mayores, que además tienen una vida más prolongada, y a una sociedad cambiante.

- Estas transformaciones implican una readecuación de la infraestructura de los servicios sociales (salud, educación, vivienda y otros), la reestructuración de las funciones públicas y el incremento de las capacidades técnicas.
- También es necesario ir propiciando un cambio cultural que lleve a sociedades más incluyentes, en las que las personas mayores sean parte importante de la sociedad, sujetos de derechos, en el marco de una “sociedad para todas las edades”.
- La garantía de unas condiciones de vida dignas para los adultos mayores debe ser un objetivo irrenunciable para los países de la Comunidad Iberoamericana. Los sistemas de protección social son esenciales para avanzar hacia la consecución de ese objetivo, pues constituyen los instrumentos de política pública más importantes para hacer frente a la vulnerabilidad económica en la vejez, garantizar la atención de la salud de las personas mayores y prestarles los cuidados que necesitan cuando se encuentran en situaciones de dependencia.
- La garantía de una cuantía mínima suficiente para las pensiones contributivas y el desarrollo de sistemas de pensiones no contributivas, configuradas como derecho subjetivo para las personas mayores que no dispongan de cobertura prestacional ni de otras fuentes de ingreso son fundamentales para avanzar hacia condiciones más dignas y seguras en la vejez. Junto a ello, es también necesario garantizar a las personas mayores una atención sanitaria digna y suficiente, que en ningún caso debe ser de peor calidad que la que disfrutaban los trabajadores en activo, así como servicios sociales que faciliten apoyo y cuidados a las personas mayores que los necesiten, complementando la atención que prestan las familias y las redes comunitarias de apoyo.

Objetivos prioritarios de estas actuaciones sobre Adultos Mayores y Personas en Situación de Dependencia

Avanzar hacia el reconocimiento de derechos de los Adultos Mayores y Personas en Situación de Dependencia a:

- Protección Económica (Universalización de las pensiones)
- Universalización del Acceso a la Salud.
- Derecho a la percepción de Prestaciones y Servicios Sociales y de Atención a la Situación de Dependencia.

Programa Iberoamericano sobre la situación de los Adultos Mayores en la región

Con el objetivo de mejorar la protección de los Adultos Mayores en la región, la XX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, a través del programa de Acción de Mar del Plata (diciembre 2010), encomendó a la SEGIB, en conjunto con la OISS, el Fondo de Población de Naciones Unidas (FNUAP) y CEPAL/CELADE, trabajar en la preparación de un Programa Iberoamericano que, como continuación del Encuentro y el Estudio llevados a cabo por la SEGIB y la OISS por mandato de la Cumbre de San Salvador, *“aborde la situación de los Adultos Mayores en la región, con el objetivo de mejorar su protección”* en colaboración con las Instituciones competentes de los países de la Región que se adhieran al Programa.

El “Programa Iberoamericano de Cooperación sobre la Situación de los Adultos Mayores en la Región” es un programa de cooperación intergubernamental aprobado por la XXI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Asunción (Paraguay) en 2011 y cuya unidad técnica ha sido asumida por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Hasta la fecha son ocho los países adheridos al programa —Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, España, México, Paraguay y Uruguay.

Este Programa plantea los siguientes **objetivos específicos**:

- Obtener un conocimiento lo más detallado posible de la situación de los adultos mayores en cada país y en el conjunto de la región, al menos en cuanto a los parámetros siguientes: demografía; protección social en jubilaciones y pensiones; protección social en salud; condiciones de vida; y servicios sociales.
- Realizar un seguimiento puntual y continuado en el tiempo de tales situaciones.
- Detectar e intercambiar experiencias y buenas prácticas que puedan servir de orientación en las políticas a seguir por los distintos agentes.
- Poner a disposición de gobiernos e instituciones materiales de utilidad para la puesta en marcha de programas e iniciativas nacionales.

- Proporcionar formación en la materia a los actores clave en la implementación de políticas dirigidas al adulto mayor.
- Servir de punto de encuentro estable para el intercambio y conocimiento de experiencias

La finalidad última es la de promover y fortalecer las políticas públicas necesarias para una mayor protección de los derechos y desarrollo de los adultos mayores en la región, y esto se concreta a través de las siguientes líneas de actuación:

- Profundizar en el conocimiento de la situación de los adultos mayores en la región.
- Difundir el conocimiento obtenido y concienciar a gobiernos, instituciones y a la sociedad en su conjunto acerca de la situación de los adultos mayores.
- Servir de punto de encuentro para el intercambio de experiencias y buenas prácticas que puedan servir de orientación en las políticas a seguir por los distintos agentes.
- Fomentar la cooperación interregional en políticas y acciones dirigidas a los adultos mayores.
- Proporcionar formación y conocimientos específicos en la materia a los actores claves en la implementación de políticas dirigidas al adulto mayor.
- Promover la protección jurídica de los adultos mayores.

3. PRINCIPALES ACTUACIONES DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA OISS, EN LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN IBEROAMÉRICA

Centro Iberoamericano de autonomía personal y ayudas técnicas de la OISS (CIAPAT de la OISS)

Con el fin de contribuir a mejorar la calidad de vida de todas las personas, con especial apoyo a las personas con discapacidad, personas mayores y personas en situación de dependencia, a través de la accesibilidad integral, las tecnologías de apoyo y el diseño para todos, la OISS ha creado el Centro Iberoamericano para la Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CIAPAT).

El CIAPAT de la OISS, es un Centro Tecnológico para favorecer la autonomía personal de los Adultos Mayores y de las personas con diferentes discapacidades de los países iberoamericanos.

Tiene un alto componente virtual de información y documentación para la utilización por todos los países de la región.

El 8 de junio de 2010 se inauguró la primera sede del CIAPAT en Buenos Aires (Rep. Argentina).

El CIAPAT de la OISS de Buenos Aires cuenta con un magnífico equipo de profesionales y un amplio y céntrico espacio en el que se ubican, entre las diferentes instalaciones, una importante Exposición de Ayudas Técnicas, un Centro de documentación especializado, y amplias dependencias para desarrollar seminarios, conferencias, reuniones...

Está previsto, y se está avanzando en la posible creación de otras sedes del CIAPAT en diferentes países y localidades de la Región.

PROGRAMA PARA EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN IBEROAMÉRICA (Programa de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) para promover la inclusión laboral de las personas con discapacidad en Iberoamérica), coordinado por Ana Mohedano Escobar actual responsable de Programas de Servicios Sociales de la Secretaría General de la OISS.

Presentación Programa

El Objetivo del Programa es fomentar el diseño e implantación de legislaciones y políticas activas de promoción de empleo de personas con discapacidad en la Comunidad Iberoamericana, de modo que se favorezca a medio y largo plazo la inclusión sociolaboral del colectivo.

Se trata de avanzar en la creación y la mejora de modelos y sistemas de empleo para personas con discapacidad que permitan la progresiva incorporación de este sector de la ciudadanía (casi el 15% de la población) a la vida activa y a la plena participación comunitaria, atenuando la exclusión, generando riqueza mediante el desarrollo humano y económico y promoviendo la cohesión social y el bienestar general.

Esto se realizará a través del intercambio de buenas prácticas y experiencias exitosas entre los responsables de las políticas públicas dirigidas al empleo de las personas con discapacidad de los diferentes países de la región, con el apoyo de los agentes clave en esta materia (organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, empresas privadas, universidades, etc.).

Hasta la fecha se han adherido 14 países al programa: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, España, Perú, Panamá, Portugal y Uruguay.

El lanzamiento de este programa coincide con la declaración de 2013 como “Año Iberoamericano del Empleo de Personas con Discapacidad” por la XXII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

Listado de actuaciones:

- a. Curso de Formación Superior en Dirección y Gestión de Servicios Sociales para personas mayores, dependientes o con discapacidad.
 - b. Seminario sobre Medidas para el empleo de las personas con discapacidad.
 - c. Página web del Programa para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica.
 - d. Estudio sobre políticas de empleo para personas con discapacidad en Iberoamérica y recopilación de buenas prácticas.
 - e. Elaboración de Informe con propuestas para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica.
 - f. Reunión de países participantes en el Programa para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica.
- a. *Curso de Formación Superior en Dirección y Gestión de Servicios Sociales para personas mayores, dependientes o con discapacidad*

Los servicios sociales son instrumentos necesarios para facilitar el pleno desarrollo de los individuos y los grupos sociales, previniendo y eliminando la marginación y promoviendo la cohesión y la vertebración de la sociedad. Por ello los servicios sociales resultan especialmente importantes para aquellos colectivos especialmente vulnerables, como son las personas con discapacidad y las personas en situación de dependencia.

Concretamente, para las personas con discapacidad los servicios sociales suponen un importante apoyo tanto para su acceso al mundo laboral (centros especiales de empleo, servicios de orientación laboral, ayudas técnicas para la autonomía personal, etc.) como para su inclusión social (programas de ocio y tiempo libre, programas deportivos, etc.) y para su rehabilitación y autonomía personal (atención a personas

dependientes, centros de atención a personas con discapacidad, programas atención temprana a niños con discapacidad, etc.).

En Iberoamérica es ya una realidad la demanda de impulso de los servicios sociales, pero su puesta en funcionamiento o mejora requiere, entre otros, la formación especializada de técnicos capaces de gestionar de forma profesionalizada estos servicios. Así, este curso trata de cubrir la necesidad de formación de profesionales en servicios sociales dirigidos a personas mayores, dependientes o con discapacidad.

De doce semanas de duración y 30 créditos ECTS, este curso de formación superior consta de cuatro bloques temáticos, en los que se analiza el funcionamiento de los servicios sociales para personas con discapacidad y para las personas en situación de dependencia, entre otros.

El curso está dirigido a gestores y profesionales de Instituciones de Seguridad Social; Administraciones Públicas competentes en servicios sociales y asistencia social; Entidades Prestadoras de servicios sociales y asistencia social ya sean de carácter público o privado, con o sin ánimo de lucro; Departamentos de acción social de empresas; Organizaciones no gubernamentales, asociaciones, fundaciones y movimientos asociativos de grupos vulnerables.

El curso se imparte en la modalidad de formación a distancia. La superación de las pruebas de evaluación establecidas da derecho a la obtención de un diploma que acredita los estudios realizados.

La primera edición de este curso dio comienzo el 14 de octubre de 2013, e incluye un módulo presencial opcional de cinco días de duración para aquellos alumnos que deseen conocer de cerca algunos de los servicios sociales prestados en España.

b. Seminario sobre Medidas para el empleo de las personas con discapacidad

Dentro del Programa Iberoamericano de Cooperación Técnica Especializada (PIF-TE) de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), se organizó un seminario acerca de medidas para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica. Este seminario tuvo lugar del 7 al 10 de octubre de 2013 en el Centro de Formación de la Cooperación Española en Cartagena de Indias, Colombia.

En este seminario participaron una veintena de representantes —personal técnico y directivo— de las instituciones públicas responsables del empleo de las personas con discapacidad en los países de la región, combinando exposiciones de expertos

en el empleo de las personas con discapacidad, con la participación y el intercambio de experiencias entre los propios participantes en el seminario.

c. Página web del Programa para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica

La información relativa al programa para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica se mostrará en la página web de la OISS en el apartado dedicado al Programa.

Más concretamente, esta página incluirá:

- Presentación del programa.
- Documentos producidos en el marco del programa (estudio, informe de propuestas, conclusiones del seminario).
- Otros documentos externos de interés para el empleo de las personas con discapacidad.

d. Estudio sobre políticas de empleo para personas con discapacidad en Iberoamérica y recopilación de buenas prácticas

En la región se están llevando a cabo experiencias exitosas para promover el empleo de las personas con discapacidad, por ello este estudio realiza una recopilación global de las iniciativas que se están poniendo en marcha en los diferentes países, y un análisis de los aprendizajes que se pueden extraer de las mismas que pudieran ser extrapolables a otros países con iguales resultados positivos.

Asimismo, se pretende facilitar la creación de redes informales de contactos entre las administraciones públicas responsables de discapacidad, empleo y seguridad social de los diferentes países, de manera que se favorezca el intercambio fluido y permanente de información sobre la materia.

Entre otras iniciativas, se están analizando las siguientes medidas:

- Existencia de cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la oferta de empleo público.
- Preferencia en la contratación de empresas socialmente responsables.
- Accesibilidad de servicios públicos de empleo.

- Existencia de unidades especializadas de los servicios públicos de empleo en orientación laboral de personas con discapacidad.
- Itinerarios integrados de inclusión laboral específicos para cada persona con discapacidad.
- Coordinación entre servicios públicos de empleo y servicios sociales.
- Obligatoriedad de cupos de trabajadores con discapacidad en la plantilla de empresas privadas y sistema de sanciones.
- Bonificaciones, subvenciones e incentivos fiscales a la contratación de personas con discapacidad.
- Pensiones y trabajo remunerado.
- Empleo con apoyo.
- Adaptación de puestos de trabajo (física, flexibilidad de horarios, teletrabajo, contrato a tiempo parcial).
- Sensibilización del sector empresarial.
- Fomento de la formación ocupacional para personas con discapacidad.
- Reserva de plazas para personas con discapacidad en la formación para desempleados.
- Reconocimiento de la formación no reglada (certificados de profesionalidad)
- Empleo protegido.
- Autoempleo.

La información recopilada incluye las respuestas remitidas por los países de la región al cuestionario remitido por la OISS, así como la información oficial que publican las diversas administraciones e información de organizaciones internacionales.

Además, se contó con las aportaciones de los expertos participantes en el I Encuentro Iberoamericano por la Inclusión Laboral de las Personas con Discapacidad, celebrado en Ecuador los días 24-26 de octubre de 2012, y con las de los representantes de los gobiernos de la región participantes en el I Seminario Iberoamericano sobre Empleo de Personas con discapacidad en la Región, celebrado del 7 al 10 de octubre de 2013 en Cartagena de Indias, Colombia.

Este documento estará disponible en enero de 2014 y se completará con la información que faciliten los diversos agentes clave en este ámbito, especialmente las entidades representantes de las personas con discapacidad y sus familias.

e. Elaboración de Informe con propuestas para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica

Basado en las conclusiones alcanzadas en el estudio sobre medidas para promover el empleo de las personas con discapacidad, se elaborará **un Informe de Propuestas para el empleo de Personas con Discapacidad**, que recogerá sugerencias para la puesta en marcha de medidas y/o la realización de cambios en las legislaciones que favorezcan la participación en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad.

Este informe se hará llegar a las instituciones responsables de empleo, de personas con discapacidad, de derechos humanos y de seguridad social de la región, así como a organizaciones de la sociedad civil y organizaciones internacionales que trabajan en este ámbito.

También estará disponible en la web del programa, a través de la cual se podrán recibir aportaciones y comentarios al mismo.

Asimismo, las buenas prácticas identificadas se sistematizarán poniendo de relieve aquellos aspectos que sea posible aplicar en otros países. Estas prácticas estarán clasificadas y disponibles en un catálogo web en la página de la OISS, abierto al público general y que podrá actualizarse con nuevas prácticas en cualquier momento.

f. Reunión de países participantes en el Programa para el empleo de las personas con discapacidad en Iberoamérica

Esta reunión, de un día y medio de duración, tendrá como objetivo revisar el estudio acerca de las medidas para el empleo de las personas con discapacidad y el informe de propuestas realizado en el marco de este programa, para posteriormente planificar las próximas actuaciones.

Se invitará a participar en esta reunión a los responsables de las políticas públicas para el empleo de las personas con discapacidad en los países de la región (nivel director general), especialmente a aquellos que mostraron su interés en participar en este programa (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, España, Perú, Panamá, Portugal y Uruguay).

Esta reunión se celebró en marzo de 2014 en el Centro de Formación de la Cooperación Española (CFCE) en Cartagena de Indias, Colombia.

IV. ALGUNAS ACTIVIDADES FORMATIVAS Y DE INTERCAMBIO LLEVADAS A CABO CON DIRECTIVOS Y TÉCNICOS DE LAS INSTITUCIONES COMPETENTES DE LA REGIÓN, CON LA COLABORACIÓN DE LA AECID (AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN DE ESPAÑA)

Centro de Formación de la AECID de Cartagena de Indicas (Colombia):

- Situación, Necesidades y Demandas de las Personas Mayores en Iberoamérica (28 de mayo a 1 de junio de 2007).
- Políticas Sociales para las Personas Mayores y Iberoamérica: Participación, Empoderamiento y Promoción del Envejecimiento Activo (16 al 20 de junio de 2008).
- Extensión de la Protección Social en Salud a las Personas Mayores y en Situación de Dependencia de los Países Iberoamericanos (6 a 10 de julio de 2009).
- Políticas para mejorar las condiciones de vida de las Personas Mayores como colectivo especialmente vulnerable (28 de junio a 2 de julio de 2010).
- La mejora de las condiciones de vida de los Adultos Mayores en la Región Iberoamericana: Políticas, Programas y Redes de Recursos (30 de mayo a 3 junio de 2011).
- La mejora de las condiciones de vida de los Adultos Mayores en la Región Iberoamericana (8 a 12 de octubre de 2012).
- La mejora de las condiciones de vida de los Adultos Mayores en la Región Iberoamericana (18 al 22 de noviembre de 2013).
- Seminario sobre el Empleo de las Personas con Discapacidad en Iberoamérica (7 al 10 de octubre de 2013).

Centro de Formación de la AECID de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia):

- Situación, Necesidades y Demandas de las Personas Mayores en Iberoamérica (5 al 9 de noviembre de 2007).

Centro de Formación de la AECID de Montevideo (Uruguay):

- Sistemas de Atención y Cuidados para los Adultos Mayores en los Países Iberoamericanos del Cono Sur (26 a 30 de noviembre de 2012).

BIBLIOGRAFÍA

Para poder ver y descargar la documentación sobre estos proyectos:

www.oiss.org (sección documentos de interés)

- Proyecto Personas Mayores, Dependencia y Servicios Sociales en los Países Iberoamericanos: Avances y Perspectivas. (10 de Marzo 2008).
- Situación, Necesidades y Demandas de las Personas Mayores en los Países del Cono Sur. (17 de Enero 2007).
- Situación, Necesidades y Demandas de las Personas Mayores en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador y México. (6 de Marzo 2008).
- Seguridad Económica, Salud, Atención a la Dependencia y Participación de los Adultos Mayores en los países del Cono Sur. (6 de Junio 2008).
- Extensión de la Protección Social en Salud a poblaciones en condiciones especiales de vulnerabilidad: Adulto Mayor y Dependencia. (23 de Abril 2012).

www.oiss.org (sección publicaciones)

- Apuntes para un Diagnóstico. Proyecto sobre Personas Mayores, Dependencia y Servicios Sociales en los países del Cono Sur (1 Enero 2005).
- La situación de los adultos mayores en la Comunidad Iberoamericana (Publicación de la OISS con la colaboración de la SEGIB y la AECID, 5 de Marzo de 2012).
- Primer Boletín del Programa de Cooperación Iberoamericano sobre la Situación de los Adultos Mayores de la Región (10 de Julio de 2012).
- Boletín N° 2 del Programa Iberoamericano de cooperación sobre Adultos Mayores (15 de Abril de 2013).
- Boletín N° 3 del Programa Iberoamericano de Cooperación sobre Adultos Mayores (21 de Junio de 2013).

Capítulo XXI

LA ESTRATEGIA IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE COHESIÓN SOCIAL, DESARROLLO HUMANO Y EQUIDAD

Carlos Javier Santos García

Secretario General de IBERMUTUAMUR

“Ya no es momento para la sensibilización, es imprescindible pasar a la acción decidida. Hoy más que nunca se conocen los terribles efectos de la siniestralidad laboral en el plano humano, social y también en el económico. Si damos la espalda a esta realidad, no será por desconocimiento o por incapacidad para combatirla como en otros tiempos, sino por pura inhibición de cuantos estamos implicados en articular medidas efectivas.”

(Adolfo Jiménez Fernández, Secretario General de la OISS - Congreso PREVENIA 2013 en Cartagena de Indias. Colombia)

INTRODUCCIÓN

El título que hemos elegido para esta exposición no es, ni mucho menos, casual. Muy al contrario, en mi opinión, la seguridad y salud en el trabajo es una parte inherente del derecho al trabajo digno y, consecuentemente, goza de la categoría de derecho humano.

Tal consideración debería ser una palanca importante para la universalización de la prevención de riesgos laborales y para configurarse como una prioridad de primer orden en el mundo empresarial, como una responsabilidad asumida y compartida por gobiernos, trabajadores y empresarios.

Pero no es el mejor momento, ni para el derecho al trabajo digno, ni para el resto de los derechos esenciales de la persona. La globalización de la economía

está registrando importantes carencias en el respeto a los derechos humanos, en la distribución de la riqueza, en la erradicación de la pobreza extrema... como ha puesto de manifiesto la Comisión Mundial para el análisis de la Dimensión Social de la Globalización.

Y ello comporta un grave riesgo para el mantenimiento de una vertebración social que asegure el imprescindible equilibrio entre países ricos y pobres, entre las capas sociales más favorecidas y las menos favorecidas, entre el norte y el sur... y, sin equilibrio, las guerras, la delincuencia y el desorden social están prácticamente garantizados.

Por eso consideramos trascendente contextualizar adecuadamente las políticas de seguridad y salud en el trabajo. Por eso consideramos importante analizar qué está ocurriendo con los derechos de las personas en nuestro mundo globalizado y qué pueden aportar las estrategias en este terreno, para contrarrestar las contradicciones que se evidencian entre lo que los gobiernos comprometen en los foros mundiales y la realidad social.

1. EL CONTEXTO SOCIAL DEL MUNDO GLOBALIZADO

Nunca hubo mayor consenso político que el actual en torno a la necesidad de desarrollar mecanismos para dar respuesta a las necesidades del ser humano y combatir la pobreza y la desigualdad. Gobiernos y agentes sociales de todo el mundo suscriben acuerdos y declaraciones universales y regionales que afirman y reafirman el derecho del ser humano a la protección social y al bienestar.

Y, sin embargo, la realidad pone de manifiesto que los mecanismos de protección social son extremadamente vulnerables en los ciclos económicos bajos y recesivos, justo cuando más se precisan para prevenir y compensar los procesos de degradación de las condiciones de bienestar de las personas que acontecen en esos momentos. Al contrario, habitualmente se convierten en el primer objetivo de reducción del gasto público, lo que debilita extraordinariamente el fin para el que fueron concebidos.

Esta aparente disociación entre la voluntad política de los gobiernos, inequívocamente expresada, y la contradictoria práctica en la gestión de las grandes crisis económicas, ha sido objeto de multitud de estudios especializados, pero sigue sin resolverse.

Los derechos de los ciudadanos al trabajo en condiciones dignas, a la salud, a la educación y a unos ingresos mínimos, han alcanzado la categoría de derecho

humano, como puede constatarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las que destacaremos sólo aquellos artículos más significativos para delimitar el alcance de estos derechos:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (art. 22).

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

(...)

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualesquiera otros medios de protección social.” (art. 23).

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (art. 25).

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria...

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...” (art. 26).

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos” (art. 28).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales viene a perfilar y desarrollar el contenido de esta Declaración y amplía la concepción del derecho a la protección social.

Pero ambos textos, que constituyen el soporte normativo del Sistema de Naciones Unidas, son sólo la estructura central del sistema de derechos humanos, puesto que han sido reafirmados y ampliados en todos los textos fundamentales de carácter regional en esta misma materia:

- Carta social Europea.
- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los pueblos.

A su vez, cada uno de los derechos esenciales referidos en estos textos han sido objeto de convenciones regulatorias complementarias para su definición, implementación y control a través de los diversos organismos internacionales y agencias de Naciones Unidas (N.U). Por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desarrollado ampliamente el derecho al trabajo y a la seguridad social a través de numerosos convenios:

- Convenio 100, de 1951, sobre igualdad de remuneración.
- Convenio 102, de 1952, Norma mínima de Seguridad Social.
- Convenio 105, de 1957, sobre abolición del trabajo forzoso.
- Convenio 111, de 1958, sobre la discriminación en el empleo.
- Convenio 118, de 1962, sobre igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social.
- Convenio 121, de 1964, relativo a las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Convenio 128, de 1967, sobre prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivencia, asistencia médica y prestaciones monetarias por enfermedad.
- Convenio 130, de 1969, sobre asistencia sanitaria y prestaciones económicas.

- Convenio 155, de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo.
- Convenio 168, de 1988, en relación al fomento del empleo y la protección contra el desempleo.
- Convenio 172, de 1991, sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes).
- Convenio 174, de 1993, sobre la prevención de accidentes industriales mayores.
- Convenio 175, de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial.
- Convenio 176, de 1995, sobre seguridad y salud en las minas.
- Convenio 177, de 1996, sobre el trabajo a domicilio.
- Convenio 182, de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil.
- Convenio 184, de 2001, sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

Adicionalmente, todos los sistemas han desarrollado mecanismos específicos de protección y control, en coherencia con la trascendencia atribuida a la protección de los derechos humanos. Así, pueden destacarse:

En el ámbito universal:

- Comités de la ONU para la protección de los Derechos Humanos.
- Consejo de Derechos Humanos.
- Relatorías especializadas por áreas de intervención.

En el ámbito americano:

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Defensorías del Pueblo.

En Europa:

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo).
- Defensor del Pueblo Europeo.

Por último, también puede constatarse que todos estos desarrollos internacionales encuentran su correlato en las constituciones de la mayoría de los países.

En definitiva, es difícil que pueda encontrarse un mayor grado de consenso y regulación así como un entramado institucional para su implementación y vigilancia como el que universalmente se atribuye a la protección de los derechos de las personas y su bienestar. Y, sin embargo, este inusual nivel de compromiso político no ha conseguido aún trasladar resultados efectivos al mundo real, en el que a principios de la presente década tan sólo un 25% de la población se encontraba bajo el paraguas de una protección social adecuada. Y ello en un contexto de crecimiento inusual del Producto Interior Bruto (PIB) mundial que en 2010 era diez veces superior al que se registraba en 1950.

Según datos del Banco Mundial, al comienzo de esta década 1.400 millones de personas vivían con menos de 1,25 dólares diarios; ONU-HABITAT nos informa que el 38% de la población mundial (2.600 millones de personas) carece de infraestructuras de saneamiento adecuadas y casi 900 millones no acceden a fuentes de agua potable y, por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) concluye que más de 100 millones de personas acaban viviendo bajo el umbral de la pobreza tras hacer frente a los costes de una atención sanitaria¹.

El porqué de esta brecha entre derechos humanos y realidad social, qué razones justifican la impotencia de los gobiernos y la comunidad internacional para hacer realidad los objetivos más básicos de organización social, o los motivos por los que la realidad económica se muestra incompatible con la dignidad humana, son cuestiones a las que necesariamente hemos de buscar respuestas.

1.1. El incumplimiento del contrato social

Acabamos de resaltar los contenidos generales que atribuye el derecho internacional, pero también es preciso recordar que el principio democrático básico exige el cumplimiento de lo que se ha convenido en llamar el contrato social.

El contrato social se refiere al compromiso que todo gobierno asume con sus ciudadanos para trabajar en pos del mayor grado de bienestar posible de las personas sobre las que ejerce su soberanía. Es ello lo que legitima a un gobierno; el resultado electoral sólo habilita el acceso pero es el cumplimiento de ese “contrato implícito” el que permite mantener su legitimidad.

Pero este compromiso no se circunscribe a los Estados soberanos sino que, por el contrario, vincula y legitima igualmente la existencia y actuación de los organismos internacionales.

¹ Datos recogidos en el informe del Grupo Consultivo presidido por Michelle Bachelet (2011). *“Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva”*. Ginebra: OIT.

Y, en este sentido, encontramos formulaciones como la del “Piso de Protección Social”, que encuentra su origen en los trabajos de la Comisión Mundial sobre la Dimensión social de la Globalización, en el seno de la OIT, que ya en el ejercicio 2004 concluyó que *“debe aceptarse un determinado nivel mínimo indiscutible de protección social como parte de la base socioeconómica de la economía global”*².

Abierto así el debate en Naciones Unidas, la OIT y la OMS elevaron la iniciativa de puesta en marcha del Piso para integrarse como una de las nueve iniciativas para paliar los efectos de la crisis económica, resultando aprobada por la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de Naciones Unidas para la Coordinación, en reunión celebrada en 2009.

Con este antecedente, y en el contexto de los trabajos preparatorios de la Cumbre sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio celebrada en septiembre de 2010, en el mes de agosto precedente a tal evento se convocó, a iniciativa conjunta de la OMS y la OIT, un Grupo Consultivo presidido por la Presidenta de Chile, Michelle Bachelet.

Este grupo, constituido por miembros acreditados de las diferentes regiones del planeta, puso en común sus experiencias en relación al empleo y al mercado de trabajo, al desarrollo social y económico, a la seguridad social, la salud, la planificación, las finanzas y la cooperación internacional para el desarrollo, a partir de las cuales formuló su posición en relación al Piso o mínimo de Protección Social.

Antes de definir su contenido es preciso destacar una cuestión estratégica y diferencial en la elaboración de esta iniciativa, cual es el hecho de haber extendido la participación a los organismos de carácter económico y, concretamente, al Fondo Monetario Internacional (FMI)³ en la Conferencia sobre “Desafíos del crecimiento, el empleo y la cohesión social” (Oslo, 13 de septiembre de 2010) y al G-20 que, a través de sus Ministros de Trabajo y Empleo, tuvo ocasión de deliberar y trasladar sus sugerencias al respecto de esta iniciativa en la reunión celebrada en París los días 26 y 27 de septiembre de 2011.

Conseguir el consenso del bloque político y el económico con tradicionales intereses encontrados, auspicia el inicio del derrumbamiento de la disociación que

² Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización (2004). *“Por una globalización justa: crear oportunidades para todos”*. Ginebra: OIT.

³ El Director Gerente del FMI en discurso pronunciado ante la autoridad monetaria de Singapur manifestó su convicción de que *“una protección social adecuada, fundamentada en un mínimo básico como el que propone la OIT, puede poner a los sectores más vulnerables de la sociedad al resguardo de lo peor de la crisis”*.

antes referíamos en la gobernanza mundial y, sin duda, otorga mayor viabilidad y credibilidad a esta iniciativa que a las construidas unilateralmente.

Al margen de este afortunado encuentro de las dos caras del mundo actual: la política y la económica, el trabajo del Grupo Consultivo obtuvo el aval de los agentes sociales (representados por la Confederación Sindical Internacional, CSI y la Organización de Estados Iberoamericanos, OEI), y articuló un amplísimo proceso de participación mundial: Foro de aceleración de la consecución de los Objetivos de desarrollo del milenio (ODM), Octava Cumbre Asia-Europa (ASEM), Foro Mundial de Desarrollo y Reducción de la pobreza en China, el Segundo Coloquio Africano sobre Trabajo Decente, la Expo Global para el Desarrollo Sur-Sur del PNUD y la OIT o la Reunión de Ministros de Seguridad Social de la UE y ALC —todas ellas celebradas entre septiembre y noviembre de 2010— entre otras.

El Piso de protección social se ha definido por NU como *“el conjunto integrado de políticas sociales para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales, prestando singular atención a los colectivos más vulnerables y capacitando a las personas a lo largo de todo su ciclo vital”*⁴.

Aunque la previsión es que cada Estado y Región desarrolle su propio Piso social en atención a su realidad socioeconómica, el Piso Social prevé la inserción de garantías en materia de:

- Ingresos básicos en forma de trasferencias, ya sean sustitutivas de salario en caso de desempleo, incapacidad o vejez, o como complementos de protección a la familia.
- Acceso universal y asequibilidad a los servicios sociales esenciales en los ámbitos de salud, educación, vivienda, seguridad alimentaria, agua y saneamiento que se recogen como áreas de prioritaria atención.

Probablemente el Piso de Protección Social no es la panacea para la solución de todos los problemas sociales del mundo, pero si es un instrumento reiteradamente acreditado por experiencias en todo el mundo para reducir más rápidamente la pobreza y la exclusión social.

⁴ Junta de Jefes Ejecutivos de UN (2009) *“The global financial crisis and its impact on the work of the UN system”*. Ginebra: OIT.

Por último, cabe citar las constataciones que refiere el último Informe sobre Desarrollo Humano (2013) PNUD⁵ en relación a los factores impulsores del desarrollo, entre los que incluye:

- Las políticas centradas en los ciudadanos, promoviendo oportunidades y brindando protección contra los riesgos.
- La inversión en las capacidades de los ciudadanos, a través de la salud, la educación y los servicios públicos, afirmando que no es un apéndice del crecimiento sino una parte integrante de éste.
- Los estados desarrollistas favorables para todos necesitan un fuerte liderazgo político comprometido con la equidad y la sostenibilidad.
- Las estrategias de desarrollo no pueden prosperar sin un compromiso con la igualdad de oportunidades.

El informe destaca que el crecimiento acompañado de desigualdad elevada o creciente no es sostenible, *“implica menores avances en el desarrollo humano, una escasa cohesión social y una lenta reducción de la pobreza. El objetivo debe ser el de crear ciclos virtuosos donde el crecimiento y las políticas sociales se refuercen mutuamente”*.

También asegura que las experiencias empíricas muestran como la efectividad del crecimiento es mayor cuando se produce con equidad y menor cuando se ejecuta con un reparto desigual y un incremento de la pobreza.

Y todo esto ¿es coherente con lo qué está ocurriendo?

1.2. Los desajustes de la globalización

La apertura de los mercados a una economía global encuentra fundamento en la posibilidad de articular, de la manera más eficaz y eficiente posible, el aprovechamiento de la totalidad de los recursos disponibles en el planeta para maximizar la productividad y conseguir el mayor crecimiento, lo que debería redundar en progresos sustanciales y sin precedentes que permitieran empleos más productivos y la erradicación de la pobreza en el mundo.

⁵ PNUD (2013) *“Informe sobre Desarrollo Humano”*. Washington: Naciones Unidas. Pp. 66-77.

A tal fin y de una manera acelerada, se han desarrollado procesos para eliminar barreras arancelarias para favorecer el intercambio de bienes y servicios, para facilitar la inversión directa de las empresas fuera de su país de origen, para internacionalizar los productos financieros, para universalizar y liberalizar las transacciones económicas y, en definitiva, para hacer desaparecer las fronteras de la economía.

Y todo ello, en un contexto de inmediatez en las comunicaciones que posibilita la interacción de los agentes económicos en tiempo real y la ejecución de decisiones de manera remota sobre cualquier mercado del planeta. El resultado es la creación de una tupida red mundial de relación que, de un lado, asegura la conexión de todos los mercados y de los agentes que operan en ellos y, de otro, posibilita la reacción simultánea e inmediata ante acontecimientos que los propios mercados consideren relevantes para sus intereses. A partir de ahí, la interdependencia de las economías es plena, el efecto contagio está servido y, con él, un enorme potencial especulativo.

En este contexto, los gobiernos nacionales han quedado seriamente limitados en su capacidad de supervisión, control e intervención en la operativa económica. Las reglas nacionales resultan poco o nada operativas en el contexto de la globalización.

Y el empoderamiento de instituciones supranacionales con capacidad de gobernanación es también muy limitado a consecuencia de la resistencia de los gobiernos a ceder soberanía, incluso en las organizaciones más integradas como la Unión Europea.

Por su parte, los organismos de proyección universal como Naciones Unidas y todas sus agencias especializadas realizan análisis más o menos objetivos, hacen aflorar las principales inconsistencias del proceso, construyen escenarios de toma de conciencia, realizan declaraciones orientativas de las medidas correctoras y, eventualmente, toman acuerdos internacionales de escasa entidad cualitativa y alto nivel de incumplimiento.

Por tanto su capacidad real de acción es extremadamente limitada y su capacidad de reacción ante incumplimientos puramente testimonial. Más adelante analizaremos con mayor detalle los problemas de gobernabilidad del proceso.

Lo cierto es que en este escenario el liberalismo más puro y radical ha germinado en la economía. En palabras de George Soros *“estamos en una economía global que no tiene sistemas de control globales, en consecuencia, esa economía global está fuera de control y dirigida por una especie de ideología denominada fundamentalismo de mercado”*⁶.

⁶ Soros, G (2007) “La crisis del Capitalismo Global”. Referencia publicada en revista electrónica <http://factorhumano.wordpress.com/2008/09/29/%C2%BFpor-que-estamos-en-crisis/>

En este contexto, el comercio internacional no encuentra límites a la competitividad y hace viable, más que nunca, el *dumping* social. Los productos de países donde no existen derechos laborales ni protección social, donde se consiente el trabajo infantil, donde el despido es libre, las jornadas de trabajo ilimitadas y los salarios míseros, son necesariamente más competitivos que los producidos en las condiciones sociolaborales del mundo desarrollado.

Si su comercio es libre, solo será posible competir si se produce una involución drástica en las condiciones laborales y sociales de los países desarrollados. Si ello no se acepta se generará desempleo, con lo que habremos conseguido productos más baratos junto a la imposibilidad de adquirirlos a ningún precio por parte de quienes resulten expulsados del mercado de trabajo.

Proceso similar se produce con la deslocalización de empresas, buscando mano de obra o factores de producción más asequibles con los que incrementar el beneficio empresarial y obtener precios más competitivos.

La acumulación de beneficio empresarial en detrimento del salario genera inequidad en la distribución de la riqueza y disminución de la capacidad adquisitiva de las clases medias y bajas, que son las que dedican la mayor parte o la totalidad de sus ingresos a consumo de bienes y servicios, con lo que de manera directa estaremos disminuyendo la demanda global y consecuentemente la producción, generando más desempleo... en un círculo vicioso que termina por ralentizar el crecimiento global y aumentar la pobreza y la desigualdad.

Ese mismo proceso ha generado una disminución de la fiscalidad vinculada al tráfico internacional, a la vez que un incremento de la demanda de protección social a causa del desempleo, desequilibrando las cuentas públicas y poniendo en riesgo la viabilidad de las políticas sociales.

Y esto por lo que se refiere al mundo desarrollado, puesto que los efectos sobre los países pobres y en vías de desarrollo son aún más severos y su capacidad de reacción, como la de representación y participación en los procesos de decisión, son prácticamente inexistentes.

A la vez que se escapa a todo mecanismo de control, la sostenibilidad del sistema se hace más compleja y el medio ambiente más proclive a la degradación.

En definitiva, la globalización ha producido un grave desajuste entre lo económico, lo político y lo social que está desestructurando la vida en comunidad, devaluando los valores de la democracia representativa y la capacidad de respuesta de los gobiernos, desacreditando la acción internacional y favoreciendo un escenario de

crispación social entre el norte y el sur, entre ricos y pobres, entre enfoques culturales, que amenazan seriamente la paz y estabilidad del planeta. La pobreza, la desigualdad y la injusticia social son el principal fundamento del terrorismo y los conflictos bélicos.

No es la primera vez que se producen desajustes entre la estructura social y la económica. La historia de la humanidad está llena de ejemplos de radicalización de valores que luego resultan atemperados y racionalizados: el proceso de colonización universal de Europa sobre el resto del mundo, el nacional socialismo de Hitler, el mundo bipolar tras la segunda guerra mundial, la caída del comunismo, la aparición de internet y la ruptura de las barreras a la comunicación...

Tal vez el ejemplo más homogéneo sea la revolución industrial, que también causó un *shock* en los esquemas de organización social de la época y una injusta distribución de la riqueza, sustituyendo los esquemas tradicionales de trabajo manual y artesanal por la mecanización y la producción en serie, generando procesos migratorios masivos y desconocidos hasta el momento del campo a la ciudad y de los países menos desarrollados a los más industrializados... pero hay dos diferencias importantes entre ambos fenómenos:

- Al contrario de lo que ocurrió en la revolución industrial, la globalización permite la libre circulación de mercancías y capitales pero bloquea la de las personas, impidiendo que los movimientos migratorios espontáneos puedan paliar la desigualdad generada como antaño.
- La rapidez con que se están produciendo los cambios en el proceso de globalización y la lentitud de reacción para la reorganización del gobierno mundial podrían generar procesos de difícil reversión.

2. ¿QUÉ APORTAN LAS ESTRATEGIAS EN SEGURIDAD Y SALUD LABORAL?

En este esquema de confusión y contradicciones que acabamos de describir, las Estrategias especializadas en el campo de la Seguridad y Salud en el trabajo aportan, a nuestro juicio, objetividad, direccionamiento, coordinación y compromiso.

Objetividad, por cuanto parten del análisis de situación de los mercados de trabajo respectivos, de las condiciones laborales imperantes, de los perfiles de siniestralidad registrados en ellos y de los efectos conjuntos de tales factores.

Direccionamiento, por cuanto la determinación de causas y efectos permite enfocar políticas de reconducción y planificar medidas para erradicar o, al menos, minimizar las causas del accidente de trabajo y la enfermedad laboral.

Coordinación, porque se trata de una política transversal que vincula a las áreas de salud, industria, minería, trabajo, agricultura, etc., lo que hace imprescindible el desarrollo de instrumentos de este tipo que aseguren una adecuada distribución y coordinación de las competencias a desarrollar por los diferentes departamentos ministeriales.

Y compromiso, porque suelen ser el resultado de un proceso participado tripartito (gobiernos, empresarios y trabajadores), plasmándose habitualmente en instrumentos formales que comprometen las agendas políticas y abren espacios que, de otra forma, quedarían relegados a un segundo plano.

En definitiva, constituye un elemento dinamizador del desarrollo de las políticas de seguridad y salud, directamente relacionado con la generación de un mercado de trabajo más digno y en un contexto social y laboral más justo y responsable con los ciudadanos.

Por lo que se refiere a su impacto sobre la economía, nos sumamos a las palabras pronunciadas por el Secretario General de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), D. Adolfo Jiménez Fernández, al tiempo de rendir cuentas sobre el estado de ejecución de la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo (EISST), en el Congreso PREVENCIÓN de 2013, en Santiago de Chile: *“Considerar la prevención como un valor estratégico de la competitividad, constituye un compromiso más para todos y en especial para la OISS, para combatir las intenciones de rebajar los derechos laborales de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral. No debemos olvidar, como repetidamente hemos indicado en nuestras Declaraciones de los cinco Congresos PREVENCIÓN, que es imprescindible recordar que el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la salud y a la seguridad social, son consustanciales a la prevención de riesgos laborales, y su protección y promoción deben configurar un objetivo de primer orden para los Gobiernos, los Interlocutores Sociales y la Sociedad en su conjunto”*.

Por otro lado, conviene recordar que las políticas en este ámbito no consisten únicamente en formular leyes y reglamentos para lograr mejoras de las condiciones laborales y una disminución de los accidentes y enfermedades laborales, sino que es necesario combinarlas con una serie de instrumentos diferentes como pueden ser el diálogo social, las buenas prácticas, la concienciación, la responsabilidad social de las empresas, los incentivos económicos, la integración y los programas de I+D+i.

Esta orientación global es la que ha dado origen a las Estrategias sobre salud y seguridad en el trabajo en los diferentes Estados y en el ámbito de las Organizacio-

nes Internacionales, promoviendo un enfoque integral de la prevención y protección social de los trabajadores.

En este sentido, en los últimos años se han promovido diferentes Estrategias de seguridad y salud, entre las que destacan las diseñadas por la Unión Europea, que alcanza ya su tercera edición en 2014, o la del Reino de España que también en 2014 inicia su segunda edición, sin olvidar el resto de Estrategias realizadas en los países de la Unión Europea.

En particular y para dar relevancia a estos programas, el Consejo de la Unión Europea ha instado a los Estados miembros a que:

- a) elaboren y apliquen estrategias nacionales coherentes de seguridad y salud en el trabajo adaptadas a las condiciones nacionales, en cooperación con los interlocutores sociales y, si procede, fijando en este contexto objetivos cuantificables de reducción de los accidentes laborales y de la incidencia de las enfermedades profesionales, especialmente en los sectores de actividad que registran a este respecto índices superiores a la media;
- b) *asignen a los sistemas nacionales de protección social y atención sanitaria, según proceda, una función más activa en la mejora de la prevención y en la rehabilitación y reinserción de los trabajadores.*

En el ámbito internacional, son de destacar los esfuerzos realizados por la OIT, estableciendo la Estrategia Global en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en 2003 y adoptando en 2006 el Marco Promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Por su parte, la OMS ha puesto en marcha el Plan de Acción Internacional sobre la Salud de los Trabajadores, para el periodo 2008-2017.

A fin de contribuir a la naciente necesidad de aunar esfuerzos en esta materia y focalizar en el ámbito iberoamericano la protección social y la prevención de los riesgos profesionales, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), desarrolló para el periodo 2010-2013, la I Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el trabajo.

Por novedosa, no podemos dejar de mencionar en el mismo ámbito iberoamericano la Estrategia Sindical en salud laboral para las Américas, promocionada por la Confederación Sindical de Trabajadores de las Américas (CSA), cuyos objetivos están dirigidos a considerar la salud laboral como aspecto esencial de las condiciones de vida y de trabajo decente con equidad y justicia social.

En cualquier caso, la mayoría de estos documentos plantean dos tipos de objetivos, en proporciones variables dependiendo de las necesidades y percepciones locales o globales:

- En primer lugar, objetivos relativos a la reducción de los riesgos o de los daños a la salud que se producen a consecuencia de aquellos; normalmente se especifican en términos de reducción de accidentes, de enfermedades o de exposiciones medidas a partir de las estadísticas oficiales o de los resultados de encuestas.
- En segundo lugar, objetivos relativos a sistemas, estructuras o procedimientos, definidos cualitativamente. En este apartado se incluyen actuaciones relativas a la mejora de la infraestructura y recursos destinados a los sistemas de seguridad y salud y su efectividad.

Aunque las Estrategias de Seguridad y Salud presentan una gran heterogeneidad entre ellas, si podemos destacar una serie de factores y objetivos bastante frecuentes, como son:

- Acercar a la población trabajadora hacia la economía formal, dotándoles de niveles suelo de protección social.
- Dar prioridad a la aplicación de instrumentos que garanticen un nivel elevado de cumplimiento de la legislación, sobre todo en las PYMES y en los sectores de alto riesgo.
- Incrementar la eficacia de la vigilancia de la salud de los trabajadores.
- Integrar acciones específicas (ayudas, formación adaptada a la situación personal, etc.) a fin de reforzar la rehabilitación y la reintegración de los trabajadores excluidos del mundo laboral durante un largo periodo de incapacidad temporal.
- Sensibilizar a la sociedad en su conjunto sobre los costes inasumibles de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.
- Mejorar los niveles de protección frente a los riesgos laborales más graves.
- Dotar a la pequeña empresa (PYMES) de herramientas preventivas para mejorar el diagnóstico y la aplicación de medidas preventivas.
- Difundir, en lenguaje sencillo, información y directrices en materia de seguridad y salud laboral, fáciles de comprender y aplicar.
- Potenciar el tripartismo en los Órganos Técnicos de prevención de riesgos laborales.

- Fomentar el diálogo social en las negociaciones sobre la seguridad y salud laboral a nivel nacional o local en el ámbito de la empresa.
- Mejorar los recursos de los Organismo de Control e Inspección en materia de seguridad y salud laboral.
- Crear incentivos económicos “bonus” u otros tipos, para facilitar el cumplimiento de las medidas preventivas, en particular para las microempresas y las pequeñas empresas.
- Promover la cultura preventiva en todos los ámbitos sociales.
- Fomentar políticas y programas de Investigación y desarrollo orientadas a la mejora de la prevención de riesgos laborales.

Por otro lado, todas las Estrategias de Seguridad y Salud a nivel país, así como algunas de ámbito internacional, disponen de indicadores de seguimiento de los objetivos que en ellas se plantean, que permiten medir la eficacia de las acciones propuestas y los resultados del esfuerzo efectuado en su implementación. En este sentido, se recogen a continuación algunos de los hitos conseguidos en las Estrategias nacionales y de ámbito Internacional más destacadas:

En España,

- Mejora de los indicadores de siniestralidad en el periodo 2007 a 2011:
 - o Reducción del índice de incidencia de los accidentes de trabajo con baja en jornada de trabajo en un 39% en el período.
 - o Descenso del índice de incidencia de los accidentes de trabajo mortales en un 25,5% en el periodo.
- Mejora de la gestión preventiva en aspectos como la formación de empresarios y trabajadores, la incorporación de modalidades de organización preventiva en las empresas y la integración de la prevención en los procesos productivos.
- Mejora en la implantación progresiva de la cultura preventiva.
- Creación de instrumentos de apoyo a la mejora preventiva, en forma de buenas prácticas preventivas y proyectos implementados de I+D+i.
- Observación permanente de la situación en materia de seguridad y salud y la previsión de su evolución mediante la creación de Observatorios Nacionales y locales.

- Implementación de un sistema de bonificación por la reducción de accidentes de trabajo denominado “sistema bonus”.
- Desarrollo de una herramienta sencilla para la evaluación de los riesgos laborales en las pequeñas empresas, denominada PREVENCIÓN10.

En la Unión Europea,

- Reducción del 22% en la tasa de incidencia de los accidentes laborales no mortales en la Europa de los 15, en el periodo 2007-2009.
- Reducción del 20% en la tasa de incidencia de accidentes laborales no mortales en la Europa de los 27, en el periodo 2008 a 2009.
- Simplificación real en un gran número de Estados de la legislación para las PYMES y microempresas.
- Refuerzo de las herramientas de gestión y análisis de las enfermedades profesionales.

En el ámbito de la OIT,

- Concienciación sobre el Trabajo Decente: desde el inicio del Marco Promocional en 2006 numerosos países han asumido y adoptado los convenios de seguridad y salud en el trabajo.
- Declaración de Seúl sobre seguridad y salud en el trabajo de 2008.
- Puesta en marcha de una campaña mundial centrada en la promoción del concepto de “gestión racional de la seguridad y salud en el trabajo” como el medio más eficaz para instaurar una cultura preventiva firme y duradera.
- Promoción e implementación de programas formativos en la materia, dirigidos a trabajadores, empresario y representantes de los trabajadores.

En el ámbito iberoamericano, aunque luego nos referiremos de manera más detallada al contenido y resultados de la EISST, podemos destacar los siguientes resultados:

- Diseño de una Encuesta de Condiciones de Trabajo base para el diseño de encuestas en los países de la Región.
- Realización de la I Encuesta de condiciones de trabajo y seguridad y salud laboral en Centroamérica (Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica y Panamá).

- Puesta a disposición de los países, empresarios y trabajadores de un sistema elemental de evaluación de riesgos y planificación de medidas preventivas, que contempla más de 15 actividades económicas básicas adaptadas a la realidad iberoamericana.
- Creación de un estándar de indicadores de siniestralidad para el conjunto de países de la Región, sistema Armonizado de Indicadores de Siniestralidad (SIARIN), protocolizado mediante la firma de un Acuerdo de Adhesión.
- Implementación de 16 cursos básicos para agentes sociales, trabajadores y empresarios; y difusión de material divulgativo de seguridad y salud laboral a través del portal de la Estrategia Iberoamericana www.oiss.org/estrategia.
- Celebración de los congresos PREVENENCIA 2011 y 2013, que han conseguido agrupar de manera masiva a cuantos agentes influyen en la siniestralidad y la enfermedad laboral.

3. ¿POR QUÉ UNA ESTRATEGIA IBEROAMERICANA?

Sin duda Iberoamérica es una Región extraordinariamente diversa desde el punto de vista económico, social y cultural. ¿Qué es lo que justifica, entonces, una estrategia regional?

La propia Estrategia Iberoamericana da respuesta a esta pregunta en su apartado introductorio indicando, por un lado, que existe un perfil de siniestralidad, peculiar respecto de otras zonas del planeta y que, con mayor o menor intensidad comparten la totalidad de los países de la Región. Entre ellos destacan las siguientes características:

- En Iberoamérica, más de 120 millones de trabajadores —la mitad de la población activa— se sitúan en la denominada “economía informal” o, como diríamos en España, en el empleo sumergido. Y, efectivamente, con porcentajes que varían entre el 75% y el 25%, la totalidad de los países integrantes de la región sufren esta lacra, que está directamente relacionada con peores condiciones de trabajo y, consecuentemente, con una mayor siniestralidad.
- Se calcula que 15 millones de niños menores de 14 años realizan trabajos de adulto, que generan accidentes de todo tipo, registrándose más de 20.000 fallecimientos cada año a consecuencia de ello.
- Por otro lado, todos los países registran colectivos poblacionales singularmente desfavorecidos por diversas causas: poblaciones indígenas, trabajadores mi-

grantes y mujeres son tres grupos en los que aún se registran condiciones discriminatorias en relación a las condiciones de trabajo y, consecuentemente, están expuestos a un mayor riesgo de siniestralidad y enfermedad profesionales.

El otro rasgo común es la mayor incidencia de accidentes y patologías de origen profesional que, como media, triplican los índices y los efectos que de ello se derivan, respecto de los países desarrollados. En esta línea podemos destacar:

- En Latinoamérica se producen más de 30 millones de accidentes de trabajo cada año, registrando una mortalidad que se estima en un abanico —excesivamente amplio— de entre 50.000 y 250.000 fallecimientos anuales, según se sumen o no a la estimación las consecuencias mortales de la enfermedad profesional no declarada.

Tomemos el dato que tomemos, lo cierto es que estas escalofriantes cifras refieren un daño sistemático, de periodicidad anual, superior a cualquier catástrofe natural o conflicto bélico sobre el que, sin embargo, no existe una sensibilidad social coherente con el daño, ni una reacción política con la prioridad e intensidad que el fenómeno requeriría.

- El subregistro es otra característica común. Se estima que sólo se registran el 20% de los accidentes de trabajo, mientras que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) calcula que, en el caso de la enfermedad profesional, dicho porcentaje oscila entre el 1 y el 5% en función de los países. Es decir, que el 95% de estas enfermedades escapan a cualquier clase de control.
- El sector primario (agricultura, minería y otras industrias extractivas) y la construcción sufren más de la mitad de los accidentes producidos y, un porcentaje significativamente mayor de los de peores consecuencias.
- En el ámbito económico, se calcula que los efectos de la siniestralidad y la enfermedad laboral comprometen el 10% del PIB triplicando los valores de la Unión Europea o de los Estados Unidos. Valor que viene a quebrar cualquier fundamento economicista al respecto del ahorro en la implementación de medidas preventivas.

4. ANTECEDENTES Y PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA PRIMERA ESTRATEGIA IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El antecedente más remoto lo encontramos en el primer Congreso de Prevención de Riesgos en Iberoamérica PREVENCIA, celebrado en Buenos Aires (Argentina)

en 2006, donde se sentaron las bases de trabajo para constituir en el seno de la OISS un núcleo especializado de promoción de las políticas de Seguridad y Salud en la Región.

Se trataron allí los asuntos más candentes en la materia y se tomó conciencia de las enormes carencias para afrontar los principales problemas. Se pudo detectar, con honrosas excepciones, una gran debilidad de respuesta a los problemas de seguridad y salud junto a una casi inexistente implicación del tejido social en el tratamiento de los graves efectos para las personas, la sociedad, los sistemas de protección social, el gasto público, la productividad de las empresas y para la economía en general de Iberoamérica.

Pero fue en el segundo Congreso PREVENIA, esta vez celebrado en Cádiz (España) en 2007, en el que los Ministros y máximos responsables del ramo que asistieron a la reunión convocada por el Secretario de Estado de España, adoptaron la decisión de encomendar a la OISS el desarrollo de una Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo que se ajustara a las siguientes premisas:

- **Que estuviera adaptada a la realidad iberoamericana**, lo que apuntaba al desarrollo de una serie de políticas generales para afrontar problemas comunes a toda la región.
- **Que fuera posibilista**, estableciendo objetivos concretos pero alcanzables, para que no fuera una nueva declaración de intenciones.
- Y, por último, debería ser **consensuada entre los Gobiernos, las instituciones gestoras y los interlocutores sociales**, lo que impone un esquema de elaboración e implementación participado por todos los agentes que intervienen de alguna manera en este ámbito.

Tras este Congreso se constituyó en el seno de la OISS un grupo de expertos formado específicamente para elaborar el primer borrador que, conforme a este último requerimiento de participación, fue sometido a un amplio periodo de consultas que se extendió a lo largo de 6 meses, entre junio y diciembre de 2008 y en el que se utilizaron todos los canales ordinarios y extraordinarios para dar a conocer su contenido e invitar a elevar sugerencias al texto.

La petición formal de observaciones realizada a las Instituciones Miembro de la OISS, los gobiernos y los interlocutores sociales de la Región, se complementó con reuniones específicas de los representantes gubernamentales en la República Dominicana y de los representantes sindicales en Panamá, así como con reuniones

bilaterales con todos los Ministerios de Trabajo de Centroamérica y Caribe e, incluso, con un sistema de consultas abiertas a través de la página Web de la OISS.

Este intenso proceso de participación fue realmente fructífero, de manera que se recibieron más de 300 iniciativas, incorporadas e integradas en su mayoría (el 85%) al texto final de la Estrategia.

Finalmente, sería en el Congreso de 2009, en Santiago de Chile, donde el texto final de la Estrategia quedó definitivamente aprobado para su elevación a la Conferencia de Ministros del ramo, en coherencia con el origen del mandato.

De esta forma, la Estrategia fue presentada en la VII Conferencia de Ministros de Trabajo y Seguridad Social celebrada en 2009 en Lisboa (Portugal) quienes, además de avalar su contenido, decidieron su elevación a la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, que reunida los días 30 de noviembre y 1 de diciembre del mismo año, incorporó a su Programa de Acción el siguiente texto literal “... *endosar la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo, instando a la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (OISS) a que prosiga con los trabajos dirigidos a su desarrollo y aplicación*”.

Tomaba así carta de naturaleza y rango de asunto prioritario para la Región la “Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo para el periodo 2010-2013” (EISST).

Posteriormente, los Congresos PREVENIA de 2010 y 2011, celebrados en Granada (España) y Cartagena de Indias (Colombia) respectivamente, han proporcionado el impulso necesario para que la Estrategia haya recorrido un interesante camino, y un alto nivel de realización.

En todo caso, destacar que la Estrategia en sí misma representa, de entrada, un salto cualitativo muy considerable que sitúa a la Región Iberoamericana en las dinámicas sociopolíticas de los países más desarrollados y en la línea recomendada por la totalidad de las Organizaciones Internacionales que actúan en este ámbito.

5. CONTENIDO DE LA EISST: OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS

La Estrategia parte de un diagnóstico de situación en la Región elaborado desde tres diferentes perspectivas (el mercado de trabajo, la siniestralidad y la protección social de los riesgos laborales) a partir del cual se enuncian cinco objetivos gene-

rales concebidos como principios programáticos para avanzar en la mejora de las condiciones de trabajo en la Región:

- Luchar contra el “dumping social” que, lejos de disminuir está registrando un progresivo y alarmante aumento en el contexto de la economía globalizada que busca los mejores precios en la exportación o los menores costes de establecimiento empresarial, sin ponderar las circunstancias que inciden en su obtención: peores condiciones de trabajo y ausencia de protección social.
- Avanzar en el protagonismo de los agentes sociales en el establecimiento de políticas de Seguridad y Salud, tratando de materializar el principio de la corresponsabilidad de gobiernos, empresarios y trabajadores.
- Procurar el desarrollo de la cultura preventiva y la sensibilización de los gobiernos y la ciudadanía frente a los daños que se derivan del fenómeno de la siniestralidad y la enfermedad de origen laboral.
- Mejorar los sistemas de Información y registro para superar la precariedad de los datos de subregistro antes mencionados y poder disponer de una información rigurosa que posibilite una correcta orientación de las políticas preventivas. En todo caso, la EISST se plantea en este punto el desarrollo de un observatorio y la realización de Encuestas de Condiciones de Trabajo en los hogares, como única vía de acceder al conocimiento del mercado informal o economía sumergida.
- Incrementar la coordinación y cooperación entre todos los organismos internacionales que operan en la Región en este ámbito de actividad, a fin de optimizar el aprovechamiento de los trabajos precedentes y evitar el solapamiento de acciones y las lagunas en la planificación futura.

Por otro lado, la Estrategia contempla ocho objetivos específicos sobre los cuales cada país debería establecer su nivel de compromiso en su ejecución, en función de su nivel de desarrollo económico, social y cultural:

- Realizar diagnósticos de situación en cada país que permitan la determinación de políticas específicas coherentes con la realidad de cada uno de ellos y su nivel de desarrollo en el ámbito preventivo.
- Reforzar el ámbito normativo de cada Estado. Probablemente este es el ámbito de mayor diferenciación entre unos y otros países, encontrando desde situaciones de práctica inexistencia regulatoria hasta la situación inversa de

desarrollo al nivel de los países más desarrollados del mundo. Para los primeros la Estrategia recomienda acuñar las normativas básicas de prevención de riesgos y, para el resto, asumir un reto de progreso sobre el nivel de desarrollo de partida.

- Desarrollo de órganos técnicos especializados de Seguridad y Salud. En la mayoría de los países los órganos especializados son inexistentes o están ubicados en un nivel administrativo incongruente con la intensidad y gravedad de la siniestralidad. La Estrategia propugna el desarrollo de entes especializados con competencias y capacidades efectivas de análisis e iniciativa legislativa y ejecutiva.
- Reforzar las instituciones nacionales de inspección y control y luchar contra la corrupción en estos órganos.
- Avanzar en la investigación de la siniestralidad y la enfermedad profesional, desarrollando la perspectiva multicausal en este tipo de estudios.
- Desarrollar programas específicos de apoyo a las PYMES y trabajadores autónomos a fin de suplir su menor capacidad para desarrollar estructuras propias de evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva.
- Mejorar la capacitación de todos los agentes implicados (funcionarios, empresarios y sindicatos), en la seguridad de que con conocimientos mínimos de evaluación y planificación será relativamente fácil objetivar los problemas y las políticas a seguir.
- Activar las políticas de responsabilidad social de las empresas, singularmente de las multinacionales, canalizándolas hacia la prevención de riesgos laborales y la homogeneización de comportamientos preventivos con los seguidos en sus países de origen.

Por último, la EISST contempla una planificación temporal e indicadores de seguimiento de las distintas actividades.

6. LOGROS DURANTE SU PERIODO DE VIGENCIA

Para ofrecer una visión general, se agrupan los principales resultados de la Estrategia de acuerdo con tres grandes áreas de actuación:

6.1. Plataforma web de la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y salud

Desde el principio se observó cómo imprescindible disponer de una plataforma de trabajo común para la Estrategia, que dispusiera de la suficiente autonomía y flexibilidad para posibilitar la agilidad en la información suministrada. Ya en mayo de 2011, la OISS dispuso en su web un espacio único para todo lo relacionado con la EISST, estructurándola en tres grandes bloques de información:

- El Observatorio Iberoamericano de Seguridad y Salud.
- Los servicios “on-line” en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- Los instrumentos de planificación de las políticas de Seguridad y Salud en Iberoamérica.

Respecto al Observatorio, se subdivide en los siguientes apartados:

- Análisis de las Encuestas de Condiciones de Trabajo realizadas en la Región.
- SIARIN (Indicadores armonizados de siniestralidad).
- Parámetros de prevención y protección más relevantes.
- Relación de las buenas prácticas y experiencias exitosas en materia preventiva.
- Diagnóstico de la Estrategia por países.

Por su parte, el bloque de Servicios aglutina 7 paquetes de servicios:

- Revista de Seguridad y Salud.
- Publicaciones de interés en la materia.
- Metodología de la prevención, que incorpora fichas sobre seguridad y salud, normativa básica, criterios técnicos, protocolos médicos o evaluaciones de riesgo por actividades.
- Documentación legislativa y de los indicadores de siniestralidad.
- Un soporte de autoevaluación de riesgos laborales y planificación de la actividad preventiva para los trabajadores independientes y la pequeña empresa, construyéndose un listado de riesgos potenciales, así como la planificación personalizada de actividades preventivas para evitar o minimizar el riesgo, permitiendo su actualización periódica y el análisis de los resultados conseguidos.

- Capacitación, con la posibilidad de acceder on-line a una serie de acciones técnicas formativas de nivel básico y avanzado, así como a cursos especializados de actividades de riesgo.
- Asistencia técnica remota, desde la cual cualquier persona de la Región podrá solicitar dicha asistencia, contando con un plazo de respuesta de 72 horas desde el envío de la solicitud.

Por último, en el bloque de Instrumentos de planificación de las políticas de Seguridad y Salud, además de la Estrategia Iberoamericana se incluyen todas las Estrategias y Planes de Acción nacionales que vayan desarrollándose.

La creación de esta plataforma, así como gran parte de los contenidos disponibles, fue posible gracias al apoyo permanente y desinteresado de muchas de las Instituciones Miembros de la OISS y especialmente del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en Trabajo de España.

6.2. Red Regional estable de profesionales de la seguridad y salud en el trabajo

Para el apoyo, la difusión y la implementación de la Estrategia en los distintos países, se ha consolidado una red de profesionales de la prevención y protección social, representantes gubernamentales e interlocutores sociales iberoamericanos (organizaciones empresariales y las centrales sindicales), estructurada en cuatro Comisiones Tripartitas Regionales:

- Cono Sur, con la presencia de representantes de Brasil, Uruguay, Paraguay, Chile y Argentina.
- Zona Andina, con la presencia de representantes de Ecuador, Perú, Venezuela, Bolivia y Colombia.
- Países no americanos, con la presencia de España y Portugal.
- Centroamérica, con presencia de representantes de México, Guatemala, Nicaragua, Honduras, El Salvador, República Dominicana o Costa Rica.

En conjunto esta Red está constituida en la actualidad por más de 80 representantes de los países, que junto a los más de 300 egresados de las 13 ediciones del Máster de Prevención y Protección de Riesgos profesionales, permiten a la OISS abordar colaboraciones de interés.

6.3. Capacitación en seguridad y salud ocupacional

La escasa sensibilidad social a los daños de toda índole producidos por la siniestralidad laboral y la enfermedad profesional ponen de manifiesto la necesidad de trabajar en el desarrollo de la cultura preventiva, para integrar sus principios básicos en el orden prioritario que le corresponde en la escala de los valores sociales.

Por otro lado, la implicación y corresponsabilización de todos los agentes sociales en el desarrollo y ejecución de políticas preventivas demanda garantizar un adecuado conocimiento de la salud laboral y de la prevención de riesgos laborales, a fin de situar el dialogo tripartito en el terreno técnico y objetivo que demanda el desarrollo equilibrado de los derechos y obligaciones de todas las partes en este ámbito.

Es por ello que la Estrategia atribuye mucha importancia a la formación y difusión de conocimientos en los distintos niveles requeridos, a través de la plataforma de capacitación on line en la que se incluyeron 18 cursos gratuitos de formación básica y especializada de corta duración y dirigidos a las más variadas materias.

Adicionalmente, cabe recordar que esta formación se completa con el Master Universitario en Prevención y Protección de Riesgos Laborales que desarrolla la OISS en colaboración con la universidad de Alcalá de Henares (España), con una duración de 8 meses a distancia y uno presencial dedicado eminentemente a la realización de prácticas de evaluación de riesgos y planificación de medidas para evitarlos en las empresas.

6.4. Nivel de realización de los objetivos específicos

6.4.1. Diagnostico de Situación de la Seguridad y Salud en los países

La OISS ha dedicado una especial atención a este objetivo en varias líneas de trabajo. En primer lugar, durante 2011, y a través de las Comisiones Regionales Tripartitas, se realizó una Encuesta-diagnóstico inicial de la situación de la seguridad y salud en el trabajo en los países, en relación con los objetivos de la Estrategia. En la página web de la Organización se muestran 13 valoraciones correspondientes a 11 países, tanto desde el punto de vista gubernamental como de los agentes sociales, y en algunos países una valoración conjunta.

Por otro lado, a lo largo de 2011 y 2012 se realizó la Primera Encuesta Centroamericana de Condiciones de Trabajo, diseñada para ofrecer información desagregada por países, tipo de empleo (formal e informal), género, grandes sectores de actividad

y tramos de edad. En este proyecto colaboraron el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España y la red SALTRA de profesores universitarios de Centroamérica.

Los países en los que se realizó esta encuesta son El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Honduras y Guatemala; con una muestra de 2.004 entrevistas en cada país, siendo el total centroamericano de 12.024 entrevistas. El error muestral estimado para la Región es de +0,89%, con un nivel de confianza del 95%. El análisis de los resultados obtenidos por parte del equipo técnico de la OISS permitió alcanzar los siguientes objetivos:

- Se dio cumplimiento al Objetivo Específico 1 de la Estrategia, a fin de conocer la situación de Seguridad y Salud de los trabajadores en la Región.
- Tal y como comprometió, la OISS aportó un modelo homogéneo de Encuesta, validado por la experiencia de su propia aplicación. Este modelo proporciona una base de partida para poder afrontar con éxito futuras encuestas en los países de la Región, así como la comparación de los resultados.
- Como se recoge en el Objetivo General 5 de la Estrategia Iberoamericana, la colaboración institucional entre la OISS y los diferentes Organismos participantes en la realización de la Encuesta se configuró como una importante herramienta de coordinación para establecer redes estables de contacto y comunicación entre los Organismos involucrados en la mejora de la seguridad y salud laboral en la Región.
- Finalmente, se ha dispuesto y se dispone de información útil y real para describir, analizar y realizar un seguimiento de las condiciones de trabajo en los países centroamericanos mencionados.

La experiencia obtenida de la implementación de la Encuesta Centroamericana, constituye la primera aproximación a la realidad laboral de los trabajadores de la Región, proporcionando información de imprescindible valor para afrontar los nuevos retos de los programas futuros de la OISS en la materia.

Todos los datos obtenidos para cada país y el informe final de la Encuesta, están disponibles en el citado Observatorio Iberoamericano de Riesgos Laborales, en el que se han incorporado además las encuestas nacionales sobre las condiciones de seguridad y salud ocupacional de Argentina, Chile y Colombia.

En una tercera línea de trabajo, y para realizar un adecuado diagnóstico de la situación de la seguridad y salud en la Región, se elaboraron informes cua-

litativos específicos. En esta línea, es de resaltar la colaboración prestada por la Red SALTRA (Salud y Trabajo) y la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España), trabajando en la elaboración de Informes específicos en los que se analizan los datos poblacionales, sus legislaciones específicas y la situación de sus programas de Seguridad y Salud, así como los mecanismos de protección de los riesgos laborales. El resultado de este trabajo también se incluyó en el Observatorio Iberoamericano de Seguridad y Salud, en relación a nueve países de la Región: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Chile, Ecuador y Colombia.

6.4.2. Gestión del conocimiento

Por su parte, las buenas prácticas preventivas puestas en marcha por instituciones, organizaciones sindicales y empresas constituyen una interesante herramienta para conocer aquellas experiencias exitosas que pueden ser implementadas en otros países. Así, la OISS incorporó a la Plataforma de la Estrategia más de 20 ejemplos de aplicación de experiencias exitosas que pueden ser extrapolables a los países de la Región.

Del mismo modo, las buenas prácticas se incorporaron también en la web de la Estrategia en relación con la población más vulnerable en la Región, contando con más de 10 casos singulares y artículos relacionados con las maquilas de Nicaragua, el cáncer ocupacional en América Central, la recolección de café, el sector salud o la recolección de la caña y del banano.

Por otro lado, la OISS constituyó una Cátedra de Seguridad y Salud en la Universidad de Almería, en colaboración con la Junta de Andalucía de España, que viene tejiendo una red de colaboración con universidades de los distintos países de la Región Iberoamericana. Como consecuencia del Convenio de colaboración suscrito, la Universidad de Almería dispone, desde la plataforma informática de la Cátedra, de programas de capacitación para universitarios iberoamericanos en materia de prevención de riesgos, por la que han pasado ya más de 150 alumnos.

En el campo de la investigación, desde esta Cátedra se pusieron en marcha los estudios sobre “Niños/as y adolescentes trabajadores de la calle en Cochabamba (Bolivia)”, así como el relativo a “Mujeres rurales en condición de vulnerabilidad social en mercados laborales: una contribución para el diseño de políticas públicas. El caso de Chile”. En este aspecto, se esperan nuevos estudios sobre el empleo informal en el Área Andina o sobre la Salud Laboral en el Cono Sur.

En definitiva, la OISS ha llevado a cabo una amplia colaboración con el mundo universitario iberoamericano en muchas de sus líneas de actuación, dada la importancia de esta materia, ya que situar el debate, la investigación y la acción de progreso doctrinal de la protección social en las Universidades es realmente estratégico por muchas razones: porque supone abrir el debate a los entornos académicos que hasta el momento han estado bastante ausentes, porque acerca el análisis de los grandes problemas sociales a nuestros jóvenes y futuros protagonistas de la conducción de nuestras sociedades, porque sus estructuras de organización suelen ser independientes y estables en el tiempo y porque es necesario que la educación y la realidad social caminen de la mano.

6.4.3. Programas de trabajo en colaboración con otras Instituciones

Otro de los compromisos asumidos por la OISS y plasmado en la Estrategia es la búsqueda del acercamiento, cooperación y coordinación con las acciones desarrolladas por otras instancias internacionales o nacionales que puedan favorecer el mejor desarrollo de las previsiones de la EISST. En este sentido, la participación activa en los Congresos de la OISS de cuantos organismos internacionales operan en la Región, es una muestra concreta de cumplimiento de este compromiso.

Igualmente, la OISS viene apoyando cualquier iniciativa proveniente de Organismos Internacionales que favorezcan esta dinámica, como hizo suscribiendo en el 2009 la Declaración de las Islas Canarias sobre la Prevención de Riesgos Laborales, en apoyo de la Declaración de Seúl de la Seguridad y Salud en el Trabajo promovida por la AISS-OIT y participando activamente en cuantos eventos ha realizado la Asociación para su impulso y desarrollo.

Otra muestra de progreso en esta línea de trabajo fue el encuentro de todas las organizaciones que operan en la Región a instancias de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, con el único fin de poner en común las líneas de trabajo y buscar la coordinación y apoyo mutuo.

En todo caso, deben referirse otras aportaciones específicas de interés singular para la Estrategia, como las llevadas a cabo y ya citadas del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo de España o la Red SALTRA de profesores universitarios; a las que se suman otras de UGT-España en coordinación con Universidad Pública de Uruguay y la Rey Juan Carlos de España, la Junta de Andalucía, la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, las aseguradoras de riesgos españolas (Mutuas), y la Confederación sindical de las Américas (CSA)

y la Organización Internacional del trabajo (OIT). Estas últimas se dirigieron a prestar formación encaminada a “Mejorar la capacitación de los agentes implicados en la seguridad y salud”, cuyo contenido estuvo centrado en el conocimiento en profundidad de la EISTT por parte de los representantes sindicales convocados al efecto.

6.4.4. Programas de asistencia técnica a los países

La prestación de asistencia técnica especializada por parte de la OISS es otro compromiso expresamente asumido por la Organización en el contexto de la Estrategia, para lo que dispone de un equipo estable de colaboradores y Técnicos Superiores de Prevención, con especializaciones homologadas conforme a las directivas de la Unión Europea y la legislación específica Española en las ramas de Seguridad, Higiene Industrial, Ergonomía y Sicosociología; y también con un grupo de médicos del Trabajo con dilatada experiencia en salud laboral.

La asistencia técnica en este terreno se articula por una doble vía:

- La presencial, prestada sin ánimo de lucro y a petición de las instituciones miembros de la OISS o los gobiernos de la Región, habiendo atendido asistencias solicitadas por la Comisión de Gobierno de Chile, constituida para analizar la situación de la Seguridad y Salud en el País tras el accidente de la Mina San José; la de diversas instituciones argentinas en orden a la organización de los sistemas mutuales de prevención de riesgos; la de CODELCO (Empresa Nacional del Cobre de Chile) para valorar las posibilidades de tratamiento del polvo de sílice en las minas; o la de la Superintendencia de Riesgos Laborales de Argentina, para el planteamiento y validación técnica de la Encuesta de Condiciones de Trabajo; así como la colaboración para el desarrollo de la Estrategia Argentina de Salud y Seguridad.

Adicionalmente, destacar la colaboración de la OISS con el Ministerio de Agricultura de la Republica de Colombia para la implementación del convenio suscrito entre ambos, o las actuaciones dirigidas a obtener documentos de Estrategias Nacionales de Seguridad y Salud en Panamá y en República Dominicana.

- La asistencia remota, prestada a través de la página web de la OISS, con un compromiso de respuesta en el plazo máximo de 72 horas, para resolver cualquier consulta técnica que pueda realizarse por las instituciones, los pro-

fesionales o los interlocutores sociales de la región, con el único requerimiento de inscribirse previamente en el Servicio.

6.4.5. Impulso al desarrollo de Estrategias y Planes nacionales de seguridad y salud

La Estrategia propugna que los diferentes países y en atención a sus peculiaridades, perfiles de siniestralidad y capacidad para asumir niveles adicionales de compromiso con sus ciudadanos, desarrollen instrumentos nacionales de impulso y coordinación de las políticas públicas encaminadas a conseguirlo.

En este contexto, nos referimos en primer lugar al acuerdo suscrito entre el Gobierno y las Organizaciones Sindicales y de Empleadores argentinas, aprobando la Estrategia Argentina de Salud y Seguridad en el Trabajo 2011-2015, con el correspondiente Plan de Acción. El documento formal, rubricado por la OISS, se basa expresamente en los principios de la Estrategia Iberoamericana y, sin duda, constituye un avance importante y referente de compromiso en la Región.

En forma similar se conduce Chile, que tras ultimar los trabajos abordados por la comisión asesora del Gobierno desarrolla los instrumentos correspondientes para la puesta en marcha de una importante batería de medidas tendentes a reforzar el sistema de prevención y protección de los riesgos laborales que ya es uno de los más avanzados de la Región.

Por lo que se refiere a Colombia, articuló el denominado “Plan Nacional de Salud Ocupacional para el periodo 2010-2012” cuyas líneas de acción son coincidentes en su mayor parte con las previstas en la EISST y en cada una de ellas se fijan objetivos concretos a alcanzar en el periodo.

Y en esta misma línea la República Dominicana está comprometiendo el desarrollo de una Estrategia Dominicana de Seguridad y Salud en el Trabajo, dando impulso en el seno nacional a los objetivos establecidos en la Estrategia Iberoamericana y promoviendo una serie de actuaciones concretas tendentes a la mejora de las condiciones laborales del país.

Por su parte, España y Portugal cuentan también con sus propias Estrategias, impulsadas desde la Unión Europea, siendo en ambos casos un instrumento habitual de impulso y coordinación de sus políticas internas que está arrojando resultados muy halagüeños. En estos momentos tanto en la Unión Europea como en España se está procediendo al diseño de las estrategias para el periodo 2014-2020.

Además, desde la OISS se han iniciado gestiones con este mismo objetivo con otros países como Costa Rica y Panamá, disponiendo de la asistencia técnica que precisen por parte de la propia OISS para el análisis de situación y elaboración de su propia Estrategia, al igual que el resto de países que quieran sumarse.

6.4.6. *Diseño de Herramientas preventivas*

Además de las acciones de capacitación que ha desarrollado la OISS a través de una plataforma on-line de capacitación, ya comentadas con anterioridad, la Organización ha implementado una serie de herramientas preventivas básicas, dirigidas a facilitar a la comunidad iberoamericana el cumplimiento de las exigencias en materia de seguridad y salud ocupacional.

Es de destacar el aplicativo “Autoevaluación SIPYME”, que permite elaborar evaluaciones de riesgos básicas y realizar una planificación, también básica, de las actividades preventivas que son necesarias realizar en las pequeñas empresas y microempresas. Este aplicativo es de muy sencillo manejo y dispone de las 21 actividades económicas más habituales en los países de la región.

Por tanto, supone un acercamiento a la prevención y a sus medidas correctoras para los pequeños empresarios, mientras que para los sindicatos se trata de un criterio profesional de evaluación de riesgos que pueden extrapolar a todos sus afiliados.

7. EL MOMENTO DE LOS NUEVOS RETOS YA HA LLEGADO

Hemos encabezado esta exposición con las palabras del Secretario General de la OISS al momento de rendir cuentas sobre el nivel de cumplimiento de los objetivos de la Estrategia. En esas palabras recordaba D. Adolfo Jiménez que el tiempo de los planteamientos teóricos se había agotado y que había que pasar a la acción decidida.

En el mismo acto recordaba las palabras del Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon, con motivo de la presentación informe de ejecución sobre los objetivos del Milenio, correspondiente a 2011: *“Hay demasiadas personas angustiadas, sufriendo y temerosas por su trabajo, su familia y su futuro. Los líderes del mundo deben demostrar que esos problemas les importan y que tienen el coraje y la convicción para actuar con decisión”*.

Y marcaba los que, a su juicio, deberían ser los referentes de una nueva Estrategia para completar la década, refiriéndose a los grandes textos internacionales:

- A la Declaración Universal de Derechos Humanos que, a lo largo de su articulado no solamente perfila como inalienables el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad social o al trabajo en condiciones equitativas y dignas —todos ellos estrechamente relacionados con la seguridad y salud en el trabajo—; sino que niega expresamente en su art. 30 el “derecho de los estados, grupos o personas” para ejercer actividad alguna que limite o menoscabe los mismos.
- Al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reafirma y desarrolla con precisión los derechos a la salud, a la seguridad social y al trabajo, refiriendo en este último el marco esencial de condiciones de trabajo dignas en el que expresamente incluye “la seguridad y la higiene en el trabajo”.
- A los diversos pactos regionales y subregionales que concretan aún más estos compromisos.
- A los numerosos desarrollos de estos instrumentos que, en nuestro ámbito de actuación, han llevado a cabo las O.I.T., la O.M.S., el PNUD y otras agencias especializadas de Naciones Unidas.
- A los Objetivos de Desarrollo del Milenio que refieren, como una de sus metas, “el trabajo decente para todos, incluyendo mujeres y jóvenes” como un paso imprescindible para cumplir el primero de sus objetivos: erradicar la pobreza extrema y el hambre.

Y es que, efectivamente, ha llegado el momento de hacer realidad los compromisos políticos asumidos, las grandes declaraciones de principios para infundir esperanzas a la humanidad. Frente a aquellos que propugnan que este tipo de políticas no deben abordarse en momentos de crisis, es preciso recordar que los grandes avances sociales se produjeron justamente tras las dos grandes guerras mundiales que dieron lugar a la aparición de los primeros seguros sociales y, tras la segunda, a la implantación de los sistemas de Seguridad Social.

Y en esa línea, quedan marcados los grandes retos de la próxima EISST si asumimos el reto de hacer realidad los derechos del ciudadano latinoamericano:

- Erradicar el trabajo infantil.
- Luchar contra la exportación del riesgo desde los países más desarrollados a las sociedades en desarrollo.
- Evitar el dumping social.

- Impulsar el trasvase del empleo informal, que registra las peores condiciones de trabajo y la mayor exposición al riesgo, hacia la economía formal.
- Prestar singular atención al trabajo de la mujer, las poblaciones indígenas, los inmigrantes y otros colectivos singularmente desfavorecidos.
- Y situar la función de gobierno sobre la prevención de riesgos laborales en la posición que merece en atención a su impacto social y económico.

Solo así aseguraremos un crecimiento justo, una sociedad estructurada y cohesionada, dispuesta a erradicar la pobreza y la desigualdad extrema, así como lograr un marco de competitividad internacional real y digno, y un marco laboral “decente”.

Capítulo XXII

EL CONVENIO MULTILATERAL IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA COBERTURA DE LA DISCAPACIDAD

Santiago González Ortega

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social (CMISS), aprobado en Santiago de Chile el 10 de noviembre de 2007, ha sido firmado y ratificado hasta el momento por doce países (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela), si bien sólo ocho (Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, España, Paraguay y Uruguay) han suscrito el Acuerdo de Aplicación, de septiembre de 2009, que lo hace efectivamente aplicable, quedando pendientes de dicha suscripción los otros cuatro países (Argentina, Perú, Portugal y Venezuela). Su ámbito de aplicación es ya por tanto lo suficientemente amplio como para poder calificarlo de un instrumento normativo internacional en materia de seguridad social de notable relevancia actual y con perspectivas de cobrar aún más relieve en el futuro.

Dicho de forma sintética, el CMISS es una herramienta de coordinación supranacional en materia de protección social que, sin afectar a los respectivos sistemas nacionales, se inscribe en el repertorio de los que, con ámbitos espaciales diferentes, tienen como objetivo proteger los derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes y de las personas que dependen de ellos. El CMISS, teniendo como claro referente los reglamentos de la Unión Europea referidos a la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social como expresión de la libertad de circulación

de personas y de trabajadores, se inspira así en los principios clásicos de este tipo de normas internacionales como son los de igualdad de trato, protección de los derechos en curso de adquisición así como de conservación de los derechos adquiridos.

Es evidente que el soporte fáctico de la aplicación del CMISS es la movilidad transnacional de trabajadores, un fenómeno creciente debido a la globalización económica y que, para evitar consecuencias negativas de esa movilidad sobre los derechos de protección social (e, incluso, para incentivarla y hacerla atractiva como un elemento de dinamización económica), establece mecanismos de coordinación entre las normas y los sistemas de seguridad social de los países firmantes. Los cuales se superponen, mejorando su efectividad y ampliando su ámbito, a los acuerdos o convenios bilaterales de seguridad social que son los que han venido organizando esa coordinación durante muchos años.

2. LOS ÁMBITOS SUBJETIVO Y MATERIAL DEL CMISS Y LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD: UNA PROTECCIÓN INDIRECTA

Aunque el CMISS establece, en su art. 2, que el Convenio se aplicará a las personas, al margen de la nacionalidad, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios de los Estado firmantes, lo cierto es que son sólo los trabajadores o las personas que sean o hayan sido profesionalmente activas las que pueden ser beneficiarias del mismo, ya que son sus derechos de seguridad social (tanto los ya generados como los que se encuentran en curso de adquisición) en cuanto que causados por el desempeño de su actividad profesional, los que constituyen el objeto de tutela del CMISS. O, añadidamente, los derechos de otras personas que dependen de esos trabajadores; o, lo que es lo mismo, los calificados como derechos derivados cuya legitimidad y justificación también se entroncan con el desempeño del trabajo del causante de esos derechos.

Por tanto, es el ejercicio de una actividad profesional, como se desprende del art. 3 del mismo CMISS que se refiere a su ámbito material, lo que inserta al sujeto, y a quienes dependen de él, en el ámbito de aplicación del CMISS. Basta considerar que el CMISS, según este art. 3, se aplica sólo a las prestaciones económicas de invalidez (pensiones, esencialmente), de vejez o de jubilación (igualmente pensiones), de supervivencia (una referencia conjunta a las prestaciones de viudedad, orfandad o en favor de familiares), así como, resaltando esa condición de prestaciones ligadas al desempeño del trabajo, a las prestaciones económicas de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional. Estando excluidas, en principio, las prestaciones médicas, aunque, si dos o más Estados que son parte del CMISS así lo acuerdan, su

aplicación (es decir, sus principios y reglas básicas) también puedan extenderse a ellas. Pero se trataría de acuerdos bilaterales o multilaterales que ni son obligatorios, ni pueden considerarse parte del CMISS que sólo los contempla (art. 3.5) como eventuales y limitadas ampliaciones de su ámbito de aplicación puesto que sólo afectarán a los Estados que hayan suscrito esos acuerdos y en los términos en que decidan hacerlo. En consecuencia, hay que decir que el CMISS no se refiere, directamente al menos, a la protección de la discapacidad que no es, desde luego, uno de sus objetivos básicos.

En primer lugar porque, como se ha dicho, están excluidas las prestaciones sanitarias, que pueden ser tan significativas para las personas discapacitadas incluso si se contemplan sólo desde la perspectiva de la rehabilitación o la recuperación de habilidades y capacidad profesionales. En segundo lugar, porque también está excluida toda la gama de prestaciones sociales, esencialmente de servicios de tipo técnico o personal y no económicas (o, si lo son, sustitutivas de estos servicios), como pueden ser las que se contemplan en todos los ordenamientos como forma de proteger a las personas discapacitadas mediante actuaciones públicas orientadas a la formación, la asistencia sociosanitaria o la inclusión social. En tercer lugar, porque el art. 3.4 CMISS establece igualmente que no se aplicará a los regímenes no contributivos, los cuales frecuentemente prevén prestaciones de garantía de recursos de subsistencia a quienes carecen de ingresos mínimos suficientes ya sea por alcanzar una cierta edad, normalmente la misma de la jubilación profesional, o porque se encuentran en situación de discapacidad que es, justamente, la condición que normalmente les impide obtener los recursos o ingresos mínimos mediante el desempeño del trabajo. Y, en cuarto lugar, porque el CMISS tampoco se aplica (lo dice el mismo art. 3.4) a las prestaciones de asistencia social, muy habitualmente articuladas a partir de la calificación de la persona beneficiaria como sujeto en situación de discapacidad y que tienen como destinatarios generales de las mismas a las personas, ya no sólo trabajadores, discapacitados.

En consecuencia, sólo de forma indirecta, el CMISS puede servir para tutelar a las personas discapacitadas y hacerlo en los siguientes planos. De una parte, garantizando las prestaciones económicas o pensiones de invalidez a las que puedan tener derecho trabajadores o profesionales activos que, sea como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional o de un accidente no laboral o de una enfermedad común, pasan a la situación de discapacidad normalmente calificada en las normas de seguridad social, y también en el CMISS, como invalidez.

De otra parte, el CMISS también puede servir para proteger a los discapacitados a través de las prestaciones económicas de orfandad o en favor de familiares (las

económicas de viudedad se generan, como derecho derivado que son, al margen de la condición de discapacitado o no de los potenciales beneficiarios) que, en muchos ordenamientos, se hacen depender de la condición de persona discapacitada en un alto nivel de los beneficiarios. Siendo particularmente frecuente que esos beneficios económicos, causados por el fallecimiento del trabajador activo, se reconozcan a familiares (padres o hermanos) que, al margen de la edad, carezcan de la capacidad personal para el desempeño de un trabajo; o que se atribuyan a los hijos del fallecido (como pensiones de orfandad) si éstos, una vez que han alcanzado la mayoría de edad (hasta este momento normalmente el derecho es incondicionado), pueden ser calificados como personas discapacitadas de un cierto nivel que les impida la obtención de ganancias o recursos como consecuencia del desempeño de un trabajo. A ello se refiere el art. 2 CMISS cuando, en su último inciso, señala que se aplicará igualmente a los familiares beneficiarios y derechohabientes del trabajador causante del derecho y sujeto protegido directo del CMISS, aunque obviamente tampoco tenga como referencia a las personas discapacitadas sino, en general, a los supervivientes que dependan económicamente del trabajador fallecido.

3. LA TUTELA DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS A TRAVÉS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ

Pese a todo, como se ha dicho, los trabajadores discapacitados pueden quedar acogidos en el ámbito de aplicación del CMISS en la medida en que generen, en virtud justamente de su discapacidad laboral, una pensión por esta causa. Es evidente que, una vez causada la pensión por incapacidad, estas personas se beneficiarán del CMISS ya que el art. 6 del CMISS establece los principios de conservación de derechos adquiridos y de pago de prestaciones en el extranjero.

Lo que quiere decir que, si un trabajador, calificado como discapacitado (o, en la terminología más directa y cruda del CMISS, como un trabajador inválido) ha generado, por esta circunstancia, una pensión de seguridad social de tipo profesional (las únicas, se insiste, a las que se aplica el CMISS) tiene derecho a seguir disfrutándola si se encuentra o reside en el territorio de un Estado Parte del CMISS diferente del que le ha reconocido la pensión. Y no sólo. Ese disfrute, además, no puede quedar sujeto a ningún tipo de reducción, modificación, suspensión o retención por el hecho de esta residencia en otro país firmante del CMISS. Se trata de una regla de defensa de la integridad del disfrute del derecho, con independencia del lugar de residencia (lo que habitualmente se califica como exportación de prestaciones, manifestación del principio de conservación de los derechos ya adquiridos en materia de seguridad

social) que, rigiendo para todas las prestaciones a que se refiere el CMISS, también beneficia, obviamente, a los discapacitados, titulares de una pensión de invalidez profesional generada por el desempeño del trabajo y por la concurrencia de la condición de inválido para el trabajo o discapacitado.

Además, el CMISS establece que el pago de esas pensiones se hará efectivo en el país en el que el pensionista, de incapacidad o de invalidez, resida, si es en uno de los Estados Parte del CMISS. Ello con independencia de que esta posible exportación de prestaciones también pueda funcionar si la residencia es en otro Estado, incluso si no firmante del CMISS, si así lo permiten las normas aplicables en el Estado en el que se generó el derecho a la pensión, o si existen normas de otro tipo (convenios bilaterales, por ejemplo) que así lo establezcan. Pero esta posibilidad no será ya consecuencia directa del CMISS sino de otras normas de similar carácter y finalidad como así puede suceder con los reglamentos comunitarios (de aplicación sólo a los países comunitarios y, de forma algo diferente, también a los llamados terceros estados), o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que obliguen a los países implicados: es decir, el Estado de generación del derecho, de una parte, y el de residencia, de otra.

La única objeción, que es generalizable desde luego a la totalidad de las pensiones que quedan afectadas por el CMISS, es que el art. 6.1 CMISS hace salvedad, en cuanto a los gravámenes que pueden afectar a estas pensiones, de los *“costos de transferencia que se deriven”* de esa exportación de prestaciones. Unos costos, básicamente de transferencias monetarias, que pueden ser muy elevados y que, en muchos casos, pueden significar, sobre todo cuando se trata de pensiones de montante reducido, un impacto muy notable sobre la cuantía de la pensión finalmente percibida. Lo que convierte esta posible exportación de prestaciones en una operación muy costosa, en términos tanto absolutos como sobre todo relativos, haciendo en consecuencia muy gravosa esa exportación y penalizando al pensionista de discapacidad o invalidez que decide establecer su residencia en otro país distinto del que debe abonar la pensión.

Lo que muchas veces sucede cuando el trabajador ha emigrado al país donde se le reconoce el derecho por razón de trabajo o de empleo y desea, lo que es muy habitual y razonable sobre todo en lo que hace a las pensiones de incapacidad, retornar a su país de origen para recibir, por el contexto familiar sobre todo, el apoyo que su situación de discapacidad puede requerir. Sin duda que este gravamen económico de la exportación atenúa o debilita gravemente el derecho, por lo que se han sugerido, en general para todas las pensiones que se exportan, la implantación de mecanismos que hagan que esa exportación sea lo menos costosa posible y que, en consecuencia, se preserve en la mayor medida, la integridad de la pensión

y su función de sustitución de rentas de quien no puede obtenerlas ya por motivo de su incapacidad para el trabajo: asunción del coste por el ente gestor del país de abono, acuerdos o convenios del ente deudor de la prestación con entidades financieras conforme a los cuales, a cambio de la exclusividad en la gestión de estas transferencias, se las encomienda el pago de la pensión en el lugar de residencia del beneficiario sin coste para el beneficiario o con sólo alguno reducido o proporcional a la propia cuantía de la pensión. Y, hasta tanto no se articulen estos mecanismos, la integridad del percibo de la pensión se verá seriamente afectada y, por lo mismo, la calidad de la tutela, aquí sólo económica, de los trabajadores discapacitados.

4. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA RESPONSABILIDAD DE LAS PRESTACIONES DE INVALIDEZ Y CON LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE INVALIDEZ, EL ÓRGANO CALIFICADOR Y EL VALOR DEL DIAGNÓSTICO

Como se viene señalando, una de las prestaciones económicas que se encuentran recogidas en el ámbito de aplicación del CMISS que pueda tener relación con la protección de los discapacitados es la referida a la invalidez, cualquiera que sea su causa (laboral o común). No es éste el lugar, ni es la intención del presente trabajo el analizar esta prestación que, como también se ha indicado, no tiene como finalidad directa la protección de los discapacitados. Pero, sin duda, la calidad de la protección que pueda alcanzarse frente a estas situaciones en aplicación del CMISS tiene una dimensión protectora, aunque indirecta, de las situaciones de discapacidad.

Una de las cuestiones centrales de este tipo de prestaciones es lo referido a la responsabilidad económica de las mismas (ya sea en relación con la invalidez en general como si se deriva específicamente de una enfermedad profesional), así como con el propio procedimiento de calificación de la invalidez y de sus grados. Porque, mientras más compleja y repartida sea responsabilidad y mayores dificultades procedimentales existan para la calificación de la invalidez y su acreditación, peores resultados se derivarán para la calidad de la tutela del discapacitado que, por su condición de tal en el terreno profesional, reclama la protección económica en términos de pensión que el CMISS tiene la función de favorecer por encima del hecho de la movilidad supranacional de los posibles beneficiarios.

En un sistema nacional de seguridad social, la tutela se origina con la propia calificación de la discapacidad que, normalmente, está atribuida a ciertos órganos con una composición interdisciplinar, aunque esencialmente médica, que son los que certifican la existencia de la invalidez (referida, puesto que se trata de prestaciones

profesionales, a la capacidad de trabajo) y cuyo dictamen establece si esa discapacidad o invalidez existe y cuál es su grado. Este dictamen es la base técnica de la invalidez, hace prueba de la existencia de la misma y de su nivel o grado (aunque siempre son posibles recursos contra la misma tanto en sede administrativa como judicial) y, finalmente, es también la instancia en la que se revisan las propias calificaciones, si es el caso de que se hubieran producido agravamientos o mejorías. Por último, es obviamente la única institución gestora de seguridad social implicada la que debe asumir el coste íntegro de las prestaciones y la obligación de proporcionarlas, ya se trate de prestaciones económicas o en especie.

Todo este proceso se complica cuando se produce la circunstancia que abre la posibilidad de aplicación del CMISS ya que, en este caso, son dos o varios los sistemas nacionales, con sus respectivas formas de calificar la invalidez, de establecer la cuantía de las prestaciones o de revisar esa situación, los que entran en juego, planteándose a veces problemas relacionados con la forma, con el procedimiento de calificación, y con el valor que haya de atribuirse a la que da cada sistema nacional, si es que se produce concurrencia, así como sobre quién recae el coste económico de las prestaciones. Una complejidad que, si no es resuelta de forma satisfactoria por las normas de coordinación, acaba significando una debilitación de la tutela de los trabajadores en situación de invalidez.

Es esta una cuestión que los más desarrollados, experimentados y completos sistemas de coordinación de sistemas nacionales de seguridad han solucionado de forma articulada y minuciosa; lo que contrasta con el laconismo propio del CMISS. Que puede generar problemas aplicativos y, de rechazo, situaciones de desprotección o de peor tutela de los discapacitados. Como ejemplo de los primeros pueden utilizarse como referencia los Reglamentos Comunitarios de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social de los estados miembros, en concreto los Reglamentos 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (el llamado Reglamento base) y 987/2009, de 16 de diciembre, también del Parlamento Europeo y del Consejo, de aplicación del anterior. Unas soluciones normativas que han de ponerse en contraste con el CMISS que sólo se refiere, de forma sin duda incompleta, a estos temas en los arts. 18 y 19, así como en el art. 15 del Acuerdo de aplicación.

4.1. Exámenes médicos, determinación del grado de invalidez y valor de las certificaciones nacionales

Hay en este punto un contraste extremo entre los reglamentos comunitarios y el CMISS. Por una parte, el art. 46.3 del Reglamento 883/2004 establece que las

decisiones que adopte un estado miembro en materia de invalidez (reconocimiento y grado) vinculan a la institución competente de cualquier otro estado miembro, con la sola condición de que haya concordancia entre las legislaciones y que ésta concordancia esté establecida en el Anexo VII del Reglamento. Es decir un mecanismo de equiparación que, una vez establecido al declararse así en el Anexo VII del Reglamento, hace que los otros estados miembros con legislaciones equivalentes deban aceptar esas decisiones acerca de la invalidez de otro estado miembro competente. Debiendo recordarse que la aceptación o no de la equivalencia en el Anexo señalado no es una cuestión arbitraria o discrecional de los estados miembros sino, como ha recordado muchas veces el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una cuestión sustantiva o material que puede llegar a imponer, a decisión del propio Tribunal, la equiparación de legislaciones cuando esta es evidente aun cuando no se haya producido la inclusión en el Anexo pertinente. En todo caso, el procedimiento previsto en el Reglamento comunitario puede, sin duda, favorecer la tutela de los discapacitados en la medida en que la obtención del reconocimiento de la discapacidad y su grado por parte de un estado miembro no puede ser discutida ni revisada por otros estados miembros a los que pueda estar sometido por razón de su movilidad transnacional.

En el mismo sentido se pronuncia el art. 5 del Reglamento 987/2009 cuando señala que los documentos y justificantes emitidos por un estado miembro se podrán hacer valer ante las instituciones de otro estado miembro, con la única salvedad, que no atenta al valor del documento, de que el segundo de los estados miembros ante el cual se presenten esos documentos podrá requerir al estado miembro emisor la verificación y la confirmación de su contenido. Lo que no es sino una manifestación del más elemental principio de cooperación administrativa a que se refiere el art. 37 del Reglamento 987/2009. Incluso en el caso de enfermedad profesional, el art. 35 del mismo Reglamento señala que si el estado competente o posible deudor de las prestaciones es diferente de aquél en el que se reconoció la enfermedad profesional, el estado miembro donde ocurrió o fue diagnosticada debe remitir al estado competente los certificados médicos oportunos. Es clara, por tanto, la intención simplificadora y favorecedora de la situación del inválido de estas reglas que dotan de valor general (ante otros estados miembros) a las decisiones de calificación y de grado de la invalidez hechas por un estado miembro.

Estas previsiones contrastan con la contraria y muy tajante contenida en el art. 15.4 del CMISS, según la cual, “la calificación y la determinación del grado de invalidez determinado por la Institución Competente de un Estado Parte no vincularán a los demás Estados Parte”; lo que obliga al discapacitado a reclamar, caso de que lo necesitara, una nueva calificación y determinación de la invalidez en cada estado

parte en el que tuviera interés, surgiendo, además de la propia complicación del procedimiento, la posibilidad de dictámenes contradictorios que es lo que la regla del Reglamento comunitario trata precisamente de evitar.

De forma coherente con este condicionamiento, el art. 15.1 del CMISS señala que “para la determinación de la disminución de la capacidad de trabajo a efectos de la concesión de las prestaciones de incapacidad o invalidez, será la institución competente de cada estado parte la que efectuará la evaluación conforme a su legislación”. Esto es, una calificación y graduación de la invalidez diferente por cada estado parte y que podrá o no coincidir, originándose contradicciones a las que el CMISS no da solución. Todo lo más que el art. 15.2 del CMISS ofrece es que, para determinar el grado de invalidez, cada institución competente deberá tener en cuenta (pero no estará obligada por ellos) los documentos e informes médicos y los datos proporcionados por la institución de cualquier otro estado parte que deberá remitirlos aunque, se recalca, sin coste para la institución que los reclame.

Si hay algo vinculado al reconocimiento de derechos en el terreno de las prestaciones de invalidez es la realización de reconocimientos médicos, ya sea para evaluar el estado del solicitante de la pensión o para determinar el grado de invalidez y controlar su evolución. Este tipo de actuaciones, que son lógicas y normales, plantean a veces problemas cuando el reconocimiento de la invalidez, su revisión o su control exija reconocimientos médicos de quien no reside en el territorio de la institución que debe tomar la decisión de calificación o controlar la situación del inválido. Son, desde luego, controles médicos razonables pero que se hacen difícilmente practicables o muy costosos para el inválido si han de tener lugar necesariamente en el territorio de la institución competente cuando el solicitante de la prestación, o el inválido a revisar, resida en otro estado miembro o parte.

A este respecto, también son notables las diferencias entre los Reglamentos comunitarios y el CMISS. En efecto, en el primer caso, el art. 82 del Reglamento 883/2004 establece que los reconocimientos médicos exigidos por la institución competente puede ser efectuados en otro estado miembro (típicamente el de residencia o estancia del sujeto), de acuerdo con las condiciones que se hayan concertado entre las autoridades competentes de los estado implicados. Es decir, el Reglamento 883/2004 acepta la validez para un estado miembro de los reconocimientos médicos hechos en otro estado miembro, en los términos que se hayan pactado. Ahora bien, esta aparente flexibilidad y sujeción a los acuerdos establecidos entre los estados implicados cede, en beneficio del trabajador afectado, ante lo previsto en el art. 87 del Reglamento de aplicación 987/2009, según el cual, si el sujeto reside en un estado miembro diferente del competente para reconocer, pagar o revisar la situación

de invalidez, será la institución de estancia o de residencia la habilitada para hacer esos reconocimientos.

Esta imposición del valor del reconocimiento médico hecho por una institución diferente a la deudora de la prestación sólo cede parcialmente ante la posibilidad de que la institución deudora disponga o designe al médico, del estado de residencia o estancia del sujeto, que deba efectuarlo. E incluso se acepta que la institución deudora imponga el desplazamiento del sujeto desde el país de estancia o de residencia para someterse a ese reconocimiento en el país de la institución deudora siempre que el traslado sea posible en razón de la situación de enfermedad del inválido y siempre que la institución deudora asuma los gastos de viaje y estancia del inválido. De la misma forma y con igual sentido, el art. 87 del Reglamento 987/2009 recoge, respecto del control administrativo de la situación del inválido residente en otro estado miembro, que éste se realice por la institución del país de residencia a petición de la institución deudora de la prestación.

Todas estas son normas que, respetando la lógica y la necesidad del reconocimiento y del control médico, lo hacen siempre tutelando la situación del inválido al ahorrarle desplazamientos y, si no es el caso, descargando sobre la entidad deudora el coste del mismo. Lo que contrasta con la más tibia regulación del CMISS (art. 19) y del Acuerdo de aplicación (art. 15). Según la primera de las normas, los reconocimientos médicos previstos en la legislación de un estado parte, ya sea para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, ya sea para mantenerlo, “podrán” ser efectuados en cualquier otro estado parte por la institución del país en el que resida el solicitante o el beneficiario de la prestación. Un potestativo que debe interpretarse en el sentido de que no es obligado para la institución deudora la cual, debe entenderse, que podrá reclamar hacer tales reconocimientos en su territorio y por sus instituciones sin que se ofrezca solución expresa alguna a la cuestión de la imposibilidad o extrema dificultad del desplazamiento por razón misma de la invalidez y al tema de los costes de dicho desplazamiento. Aunque parece inevitable aplicar al respecto reglas similares a las contenidas en los reglamentos comunitarios ya que lo contrario, es decir, obligar en todo caso al desplazamiento del beneficiario y/o hacer recaer sobre él los costes del desplazamiento, son alternativas excesivamente gravosas que pueden convertirse en obstáculos insalvables para lograr el reconocimiento del derecho a la prestación.

En todo caso, y aun aceptando la institución deudora que los reconocimientos se hagan por la institución del lugar de residencia o de estancia del beneficiario, el CMISS sólo se limita a señalar que los gastos de tales reconocimientos serán a cargo de la institución deudora que deberá reembolsarlos a la institución de residencia o de estancia. Esto es lógico, pero no lo es tanto que, como indica el art. 15.2 del

CMISS, los reconocimientos sean financiados no sólo por la institución deudora que los solicitó sino también, en su caso, por el propio solicitante o beneficiario.

Para lo que se prevé incluso que la institución deudora que solicita esos reconocimientos pueda deducir el costo que corresponde asumir al solicitante (algo que el CMISS no precisa y que dependerá de cada legislación nacional), de la cuantía de las prestaciones económicas que pueda devengarse. Una idea que reitera el art. 15.3 del Acuerdo de aplicación, el cual, tras afirmar que los exámenes médicos adicionales pueden ser solicitados por la institución deudora, y pueden realizarse en el estado parte de residencia del trabajador inválido, establece que serán financiados de acuerdo con la legislación interna del estado parte que solicita dichos exámenes médicos adicionales; sólo que, a continuación, permite también que parte de ese coste recaiga en el propio afiliado el cual deberá hacer frente a gastos en cuya generación no ha participado. Lo que es muy discutible, constituyendo sin duda un obstáculo o coste económico que recae sobre el beneficiario.

También es discutible que el coste de los reconocimientos se convierta en una especie de penalización de las reclamaciones que, normalmente el trabajador, puede interponer contra la resolución en la que se contiene el dictamen de invalidez, operando a la vez como una forma de desincentivo de la propia reclamación. Salvo, lógicamente, si la reclamación (y el subsiguiente reconocimiento médico derivado de ella) hubiera sido interpuesta por la institución competente que otorga la pensión (diferente por hipótesis de la de residencia o estancia) o por la compañía de seguros, si se trata de un sistema de capitalización individual (art. 15.3 del Acuerdo de aplicación). Imponer el coste de los reconocimientos al trabajador es indudable que sirve para disuadir de reclamaciones aventureras y sin fundamento, pero también es claro que hace más gravosa la reclamación fundada. La posibilidad de impugnar una decisión que tiene repercusiones económicas evidentes sobre el sujeto beneficiario no puede obstaculizarse mediante frenos económicos que pueden inducir a renunciar a esa reclamación y, en consecuencia, a deteriorar la calidad de la tutela del discapacitado.

4.2. La comparación entre las reglas de los reglamentos comunitarios y las contenidas en el CMISS respecto de las prestaciones asociadas a la invalidez derivada de enfermedad profesional y a la invalidez en general

En cuanto a la enfermedad profesional, el art. 38 del Reglamento 883/2004 establece que, tratándose de una enfermedad profesional que, por definición, constituye

un proceso a veces muy largo de manifestación en términos de incapacidad para el trabajo, si el trabajador ha desarrollado en varios estados miembros una actividad susceptible de provocar una enfermedad profesional, las prestaciones están a cargo sólo del estado miembro en virtud de cuya legislación se hayan cumplido las condiciones para tener derecho a las prestaciones. La simplificación de esta regla permite al trabajador acceder a la prestación sólo en este estado miembro, que normalmente será el último, sin tener que recurrir a la aplicación simultánea, mucho más compleja, de las legislaciones de otros estados miembros donde ese trabajador haya realizado (anterior o posteriormente) esas actividades posibles generadoras de una enfermedad profesional.

Si, por el contrario, se trata de la agravación de una enfermedad profesional ya declarada, el art. 39 del Reglamento 883/2004 atribuye la responsabilidad del pago de las prestaciones al primer estado miembro donde esa enfermedad profesional se hubiere declarado si es que, lo que es lógico, en el segundo estado miembro no ha desempeñado tareas a las que se pueda imputar esa agravación, vinculando la responsabilidad de las prestaciones con el estado donde la enfermedad surgió y con la actividad previa a la que se imputa no sólo la aparición de la enfermedad profesional sino también la agravación de la misma que se considera una secuela de esa primera situación incapacitante. El art. 39 del Reglamento incluso prevé que sea ese primer estado miembro el que abone la totalidad de la prestación si, conforme a su regulación, ese primer estado ha revisado la situación incapacitante derivada de la enfermedad profesional, incrementando la prestación de conformidad con la propia agravación de la enfermedad que, al elevar igualmente el grado de afectación, supondrá un incremento de la cuantía de las prestaciones. También aquí hay un principio de simplificación que favorece y facilita el percibo de las prestaciones económicas por invalidez derivada de enfermedad profesional con la consecuencia de una tutela más directa y sencilla de la situación.

Por el contrario, sólo si quien ha trabajado en un estado miembro en actividades susceptibles de generar una enfermedad profesional, y así se ha declarado en esa instancia, pero la agravación se deriva del hecho de que el trabajador, ya incapacitado aunque parcialmente, ha continuado ejercitando en el segundo estado miembro trabajos que también pueden generar esa enfermedad profesional y, en consecuencia, se debe a ellos la propia agravación respecto de la declaración inicial, el art. 39 del Reglamento prevé que existirá un reparto de la carga económica de las prestaciones.

De forma que el primer estado abonará la prestación por invalidez consecuencia de enfermedad profesional sin tener en cuenta la agravación, mientras que el segundo estado miembro correrá con el coste de un complemento sobre la prestación inicial

que consiste en la diferencia de la cuantía entre la prestación reconocida en el primer estado (que no se altera) y la cuantía a la que tendría derecho, en el segundo estado miembro, si en éste se calculara la cuantía de la prestación económica teniendo en cuenta la agravación de la enfermedad. Como se ve, un criterio de reparto razonable y también simplificado que, pese a asignar el coste de las prestaciones a dos estados miembros diferentes, lo hace consolidando la cuantía ya reconocida en el primer estado y haciéndola compatible con el complemento o diferencia que debe abonar el segundo de los estados miembros al tener en cuenta la agravación de la enfermedad profesional de la que es causa el trabajo desempeñado en ese segundo estado miembro. De esta forma, cada estado asume el coste de las prestaciones que corresponde a los grados de la invalidez derivada de enfermedad profesional a tenor de los trabajos desarrollados en uno y otro estado miembro.

Por último, y respecto de las prestaciones en especie que pueda estar asociadas a la situación de invalidez derivada de enfermedad profesional (médicas, de rehabilitación o de recalificación profesional) el art. 40 del Reglamento las asigna al estado miembro de residencia o de estancia del inválido como si sólo en él se hubiera generado la enfermedad profesional. De nuevo un criterio lógico ya que, debido a la naturaleza en especie de las prestaciones, éstas son, en la práctica, de muy difícil otorgamiento en otro estado que no sea el de residencia o de estancia; siendo, además, imposible un reparto como el descrito en el párrafo anterior, mucho más sencillo cuando se trata de prestaciones económicas.

Frente a esta articulada y precisa regulación, el art. 18 del CMISS se limita a señalar que el derecho a las prestaciones derivadas de enfermedad profesional, inclusive cuando se trata de prestaciones por invalidez, se determinará siempre de acuerdo con la legislación del estado parte a la que el trabajador se hallase sujeto en la fecha de contraerse la enfermedad profesional. Se trata de una regulación tan escueta que se presta a todo tipo de interpretaciones, incluso, si se hace un esfuerzo de analogía, a la que se deriva de las normas del Reglamento comunitario que se acaban de describir.

Porque el CMISS no dice que necesariamente deba ser el último de los estados parte del CMISS sino aquél a cuya legislación el trabajador se encuentre sometido en el momento de declararse la enfermedad profesional; pero, indudablemente, ese estado será habitualmente el último en el que esté trabajando y se declare la enfermedad profesional ya que es muy complejo determinar, en el caso de enfermedades profesionales, en qué estado ésta se ha contraído, salvo que entre los trabajos desarrollados sólo uno pueda ser causante de la misma. Por eso, normalmente será el último estado parte, salvo que se pruebe que la enfermedad profesional no pudo contraerse en éste debido a la naturaleza de los trabajos. En todo caso,

lo que el CMISS no contemplan son los supuestos de provocación compartida de la enfermedad profesional en varios estados y tampoco todas las situaciones, tan habituales, de agravación de la enfermedad que, como se ha visto, sí que tienen un tratamiento específico en los reglamentos comunitarios. Una regulación, pues, muy incompleta que puede derivar en situaciones de, si no desprotección, sí al menos de infraprotección; o, por el contrario, de dudosa asignación de las responsabilidades prestacionales hasta conducir, finalmente, a una especie de criterio residual que asignará en bloque la responsabilidad habitualmente al último estado parte de trabajo. Lo que implica un reparto algo aleatorio de esas responsabilidades.

Lo dicho en relación con la enfermedad profesional es igualmente válido para las pensiones genéricas de invalidez, como así lo atestiguan los arts. 46.3 y 47 del Reglamento comunitario 883/2004, por lo que pueden trasladarse aquí las afirmaciones hechas antes, incluso con la observación de que se trata de una materia particularmente ignorada por el CMISS ya que los arts. 14 y 15 establecen reglas muy generales igualmente aplicables, sin distinción, a las pensiones de jubilación e incapacidad pero sin que en esa regulación se introduzca regla particular alguna respecto de, por ejemplo, las situaciones de agravación de la invalidez con todo lo que ello pueda significar de aumento de la discapacidad y de incremento de las prestaciones económicas asociadas a ella. Una carencia, pues, muy notable del CMISS que abre el espacio a interpretaciones técnicas muy variadas que sólo podrán, si acaso, tener algún respaldo si se adoptan por parte del Comité Técnico administrativo.

5. OBSERVACIONES FINALES

El CMISS, siendo como es una norma internacional de enorme relevancia en el terreno de la seguridad social transnacional y un instrumento de garantía y de conservación de derechos de este tipo en relación con la movilidad supranacional de las personas, no es, sin embargo, un convenio de protección específicamente dirigido a las personas discapacitadas. Por el contrario, sus destinatarios naturales son los trabajadores y profesionales activos que se desplazan de un país a otro por motivos de trabajo y, adicionalmente, las personas que dependen de ellos económicamente, esto es, los familiares más directos. Desde este punto de vista, puede decirse que el CMISS es una norma de contenido y de cariz esencialmente profesional.

Sin embargo, toda norma de seguridad social, aun cuando no dictada especialmente para la protección de las personas discapacitadas, siempre tiene alguna dimensión tuteladora que repercute mayoritaria o exclusivamente en este tipo de personas. Lo ponen de manifiesto, sobre todo, las prestaciones económicas asociadas a la incapacidad

permanente para el trabajo cuyos beneficiarios pueden ser normalmente calificados, aunque no siempre y dependiendo del nivel de incapacidad, como personas discapacitadas en un cierto grado. Un ejemplo de ello es el hecho de que la equiparación de los calificados como incapaces permanentes totales y absolutos a efectos de las prestaciones de la seguridad social con la condición de discapacitados siquiera sea al nivel mínimo. Aunque es cierto que la discapacidad es mucho más relevante, desde el punto de vista de las prestaciones de seguridad social, en relación con las llamadas no contributivas o asistenciales (excluidas como se ha dicho del CMISS) y, de forma particular, respecto de otras prestaciones asistenciales de muy diverso tipo como las que se recogen en el reciente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que tampoco están afectadas por el CMISS.

No obstante, es indudable que el CMISS y su regulación puede tener un cierto impacto en la situación de las personas discapacitadas sobre todo a través del tratamiento que hace particularmente de las pensiones de invalidez. Debiendo concluirse que puede generar efectos algo negativos sobre la tutela de los trabajadores discapacitados como se ha querido poner de manifiesto en a lo largo del trabajo. Un defecto que quizás podría ser corregido, si no mediante la modificación del CMISS, sí del Acuerdo de Aplicación, o a través de las decisiones interpretativa del Comité Técnico Administrativo, cambiando o ajustando la orientación de algunas reglas (o colmando las lagunas que provoca la ausencia de ellas) más preocupadas por establecer criterios que favorezcan el consenso entre los Estados Parte que por tutelar a los beneficiarios de sus previsiones y, en particular a los trabajadores discapacitados. Cuya protección debe constituir, como sucede con el tema de la igualdad de género o de la prohibición de discriminación, una preocupación transversal que debe inspirar todas las normas, incluso las no aprobadas, como es el caso del CMISS, teniendo a los discapacitados como objetivo central de su tutela.

BIBLIOGRAFIA

- BARCELÓN COBEDO, S. "Los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social", en el volumen *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, pp. 73-100, México D.F. Edit. Tirant lo Blanch, 2013.
- GÓMEZ GORDILLO, R. "El cálculo de la cuantía de las prestaciones en el CMISS", en el volumen *El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, pp. 173-205, México D.F. Edit. Tirant lo Blanch, 2013.
- OISS. Estudio sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. www.oiss.org.
- Documentos sobre el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social. www.oiss.org.

